

Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
LORENZO ANASTASI
von Lugano TI

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
LORENZO ANASTASI
von Lugano TI

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. November 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 46 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

© Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck: ADAG Administration & Druck AG

PARTE PRIMA

Pagina

I Cenni storici

1. L'evoluzione storica in generale	1
1.1. Il diritto romano	1
1.2. Il diritto comune	3
2. L'evoluzione storica nel canton Ticino	6
2.1. Il CPC del 1820	7
2.1.1. L'appellazione	8
2.1.2. La querela di nullità	10
2.1.3. La restituzione in intero	11
2.1.4. L'azione civile contro i giudici	13
2.2. Il CPC del 1843	13
2.2.1. L'appellazione	14
2.2.2. La querela di nullità	17
2.2.3. La restituzione in intero	17
2.2.4. L'azione civile contro i giudici	18
2.3. Il periodo tra il 1843 e il 1899	18
2.4. Il CPC del 1899	22
2.4.1. L'appello	24
2.4.2. L'interpretazione	29
2.4.3. La revisione	30
2.4.4. La restituzione in intero	31
2.4.5. L'azione civile contro i giudici	34
2.5. Il periodo tra il 1899 e il 1924	34
2.6. Il CPC del 1924	36
2.7. Il CPC del 1972	36
2.7.1. L'appello	37
2.7.2. Il ricorso per cassazione	38
2.7.3. L'interpretazione	38
2.7.4. La revisione	38
2.7.5. La restituzione in intero contro le sentenze	39

II Considerazioni generali sulla natura dei mezzi d'impugnazione	40
III Caratteristiche comuni dei mezzi d'impugnazione	48
1. Principio d'impugnazione	48
2. Effetto devolutivo	49
3. Natura cassatoria o riformatoria dei mezzi d'impugnazione	50
4. Mezzi d'impugnazione completi e incompleti	51
4.1. Limiti del controllo	51
4.2. Rimedi completi e nova	53
5. Mezzi d'impugnazione ordinari e straordinari	55
6. Effetto sospensivo	57
7. Proponibilità e fondatezza del mezzo d'impugnazione	58
8. Procedura d'impugnazione	62
9. Particolarità	66

PARTE SECONDA

	Pagina
I L'appello	70
1. L'appello quale mezzo d'impugnazione principale	70
2. L'appello quale rimedio a carattere ordinario	71
3. L'appello quale rimedio completo	74
4. Limiti dell'appello	77
4.1. Materia processuale retta dal principio di disposizione e dal principio attitatorio	79
4.1.1. Nuovi fatti e mutazione dell'azione	79
4.1.2. Nuove domande e mutazione dell'azione	83
4.1.3. Nuove prove	86
4.1.4. Nuove eccezioni e nuove contestazioni	89
4.2. Materia processuale retta dal principio dell'ufficialità e dal principio inquisitorio	91
4.3. Nuove argomentazioni di diritto in sede d'appello	94
5. L'appello quale rimedio devolutivo	96
5.1. Iudex a quo	96
5.2. Iudex ad quem	97
5.3. Caratteristiche e limiti dell'effetto devolutivo	99
6. L'appello quale rimedio sospensivo	101
6.1. Principio	101
6.2. Eccezioni	102
6.2.1. Esecutività provvisoria per ordine del pretore	102
6.2.2. Esecutività provvisoria per legge	106
6.3. Decreti processuali	110
6.4. Casi particolari	111
7. Giudizi appellabili	112
7.1. Appellabilità secondo la suddivisione delle competenze fra le varie autorità giudiziarie	112

7.1.1. Competenza appellabile dei pretori	112
7.1.2. Competenze appellabili di altre autorità	118
7.2. Appellabilità secondo la forma del giudizio	119
7.2.1. Sentenze e decreti	119
7.2.2. Ordinanze e altri giudizi inappellabili	122
8. Presupposti e fasi del procedimento d'appello	125
8.1. Legittimazione	125
8.2. Termine per appellare	132
8.3. Formalità e contenuto dell'atto di appello	134
8.4. Atti del procedimento d'appello	137
9. Giudizio d'appello	141
9.1. Giudizio d'ordine	142
9.2. Giudizio di merito	144
9.3. Natura riformatoria e natura cassatoria del giudizio d'appello	146
9.4. Limiti del giudizio d'appello	149
9.4.1. Divieto della reformatio in peius	149
9.4.2. Appello adesivo	150
9.4.3. Annullamento d'ufficio delle decisioni impugnate	153
10. Atti di disposizione delle parti sull'azione o sull'appello	156
10.1. Transazione, desistenza e acquiescenza in sede d'appello	156
10.2. Rinuncia, ritiro, riconoscimento dell'ap- pello	158
10.2.1. Rinuncia all'appello	158
10.2.2. Ritiro dell'appello	159
10.3. Riconoscimento dell'appello	160
II Il ricorso per cassazione	161
1. Il ricorso per cassazione quale mezzo d'impugnazione primario	161
2. Il ricorso per cassazione quale rimedio straordinario	162

8.3. Legittimazione della parte preclusa	203
8.4. Formalità del ricorso per cassazione	205
8.5. Termine	208
9. Giudizio di cassazione	209
III La revisione	213
1. Carattere straordinario del rimedio	213
2. La revisione quale rimedio non sospensivo	214
3. La revisione quale rimedio non devolutivo	214
4. La revisione quale rimedio incompleto	216
5. La revisione quale rimedio limitato	217
5.1. Giudizio pronunciato ultra petita	217
5.2. Giudizi contenenti disposizioni contraddittorie	219
5.3. Errore di fatto risultante dagli atti di causa	220
5.3.1. Errore di fatto qualificato	220
5.3.2. Errore di fatto risultante dagli atti	221
5.3.3. Rapporto di causalità	222
5.3.4. Fatto incontestato	223
6. Decisioni impugnabili mediante revisione	224
6.1. A secondo del iudex a quo	224
6.1.1. Sentenze dei pretori o di giudici di pace	224
6.1.2. Sentenze di una camera del tribunale d'appello	225
6.2. A seconda della natura del giudizio impugnato	225
7. Procedimento di revisione	227
7.1. Termine	227
7.2. Forma e contenuto della domanda di revisione	228
7.3. Legittimazione e gravamen	228
8. Giudizio di revisione	229

IV La restituzione in intero	230
1. La restituzione in intero contro le sentenze	230
1.1. La restituzione in intero contro le sentenze quale rimedio straordinario	230
1.2. La restituzione in intero contro le sentenze quale rimedio non devolutivo	232
1.3. La restituzione in intero contro le sentenze quale rimedio non sospensivo	234
1.4. Limiti della restituzione in intero contro le sentenze e motivi di restituzione	235
1.5. Titoli di restituzione	237
1.5.1. Giudizio fondato su prove false	237
1.5.2. Annullamento di giudizio	239
1.5.3. Ritrovamento di documenti	240
1.5.4. Recupero di prove offerte o richieste ma non assunte	242
1.5.5. Dolo di una parte a danno dell'altra	243
1.5.6. Reato del giudice	244
1.6. Decisioni impugnabili	245
1.7. Procedimento di restituzione	246
1.7.1. Legittimazione	246
1.7.2. Termini	247
1.7.3. Forma e contenuto	248
1.8. Giudizio di restituzione	249
2. La restituzione in intero contro il lasso dei termini	251
3. Restituzione in intero per omessa indicazione di fatti o di prove	254
V L'interpretazione	257
1. Natura dell'interpretazione	257
2. L'interpretazione quale rimedio non devolutivo	257
3. Sospensività del rimedio	258
4. Motivi d'interpretazione	258
5. Decisioni interpretabili	259

3. Il ricorso per cassazione quale rimedio devolutivo	164
3.1. Iudex a quo	165
3.2. Iudex ad quem	166
4. Il ricorso per cassazione quale rimedio non sospensivo	167
5. Il ricorso per cassazione quale rimedio limitato	169
6. Il ricorso per cassazione quale rimedio incompleto	171
6.1. Cassazione e nullità	172
6.2. Titoli di cassazione	175
6.2.1. Art. 327 lit a): sentenza emanata da un giudice incompetente	175
6.2.2. Art. 327 lit b): sentenza negante a torto la competenza	180
6.2.3. Art. 327 lit c): sentenza pronunciata da un giudice la cui esclusione o ricusazione dovevano essere ammesse	181
6.2.4. Art. 327 lit d): sentenza pronunciata contro una persona civilmente incapace senza che fosse legalmente rappresentata	182
6.2.5. Art. 327 lit e): diniego formale di giustizia	183
6.2.6. Art. 327 lit f): titoli di revisione quali titoli di cassazione	186
6.2.7. Art. 327 lit g): manifesta violazione di norme e di accertamenti	187
7. Decisioni soggette a ricorso per cassazione	195
7.1. Impugnabilità secondo la forma della decisione	195
7.2. Impugnabilità secondo il valore litigioso e la procedura di prima istanza	199
7.2.1. Competenze dei giudici di pace	200
7.2.2. Competenze dei pretori quali istanza unica	201
8. Presupposti del procedimento di ricorso per cassazione	202
8.1. Legittimazione	202
8.2. Gravamen	203

6	Procedura d'interpretazione	259
6.1.	Legittimazione	259
6.2.	Termine	260
6.3.	Petitum	260
6.4.	Formalità	260
7.	Giudizio d'interpretazione	261

BIBLIOGRAFIA

- ACKERET G. : Das Versäumnisverfahren im Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1934
- BAERISWIL G. : Das Rechtsmittel der Revision nach schweizerischem Zivilprozessrecht. Diss. Bern 1922
- BAERLOCHER R. : Das Rechtsmittelsystem des baselstädtischen Zivilprozessrechts. Diss. Basel 1964
- BAUMGARTNER H. : Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts. Diss. Zürich 1951
- BECKER H. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern 1941
- BERTONI B. : - Memoria circa le riforme essenziali della procedura civile RGP 1894 (cit. Bertoni Memoria)
- Legge organica giudiziaria e codice di procedura civile. Schemi proposti per incarico del Consiglio di Stato dall'avv. B. Bertoni, Bellinzona 1897 (cit. Schemi)
- BIRCHMEIER W. : Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- BOLLA P. : Proposte per una riforma del processo civile ticinese RGP 1941
- BRUEGGENTHALER G. : Die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung appellabler Zivilurteile, Diss. Zürich 1932
- BRUMANN M. : Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1928
- BURCKHARDT W. : Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- CAFLISCH C. : Die Rechtsmittel im bündnerischen Zivilprozess, Diss. Bern 1929
- CARNELUTTI F. : Diritto e processo Napoli 1958
- CHIOVENDA G. : Principi di diritto processuale Napoli 1928
- CREAZZO P. : L'omissione di atti processuali nella procedura civile ticinese, Diss. Basilea 1961
- DAELLENBACH W. : Die Appellation im aargauischen Zivilprozess. Diss. Bern 1930
- DESBIOLLES M. : Das Rechtsmittel der Revision. Diss. Zürich 1940
- DUERING A. : Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach den Zivilprozessordnungen der Innerschweiz, Diss. Zürich 1959
- FATZER C. : Die Rechtsmittel des thurgauischen Zivilprozessrechts, Diss. Bern 1935
- FEHR H. : Das Novenrecht. Seine Ausgestaltung in der Appellation der schweizerischen Zivilprozessordnungen, Diss. Zürich 1949
- FORNI R. : Svista manifesta, fatti nuovi e nuove prove nella procedura di revisione davanti al Tribunale Federale.
Festschrift für Max Guldener Zürich 1973

- GILLES P. : Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt a.M. 1972
- GOETZINGER F. : Die Rechtsmittel nach baselstädtischem Zivilprozessrecht in Zeitschrift für schweizerisches Recht nF 49 (1930), 224 ss.
- GROB P. : Die Kassation von Amtes wegen in Zivilsachen, Diss. Zürich 1947
- GRUNSKY W. : Grundlagen des Verfahrensrechts Bielefeld 1974
- GUENTHARD E. : Die Rechtsmittel des solothurnischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1941
- GULDENER M. : - Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage Zürich 1979 (cit. Guldener)
- Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942 (cit. Guldener Nichtigkeitsbeschwerde)
- Ueber die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrecht, Schriften zum Prozessrecht, fascicolo 2
- HAGENBUECHLE A. : Das Rechtsmittel der Beschwerde nach thurgauischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1943
- HELBURG L. : Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1956
- HESS L. : Die Klageänderung im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1956
- HEUSLER A. : Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim 1923
- HINDERLING H. : Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1960
- IMBODEN M. : Der wichtige Staatsakt, Habilitationsschrift, Zürich 1944
- JAEGGER C. : Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911
- JAUERING O. : Das fehlerhafte Zivilurteil Frankfurt 1958
- KAPSA B. : Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, Schriften zum Prozessrecht, fascicolo 46
- KISSEL O. : Der dreistufige Aufbau in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Frankfurt a.M. 1972
- KLAMARIS N. : Das Rechtsmittel der Anschlussberufung Tübingen 1975
- KUMMER M. : Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1970
- LANINI C. : La restituzione in intero secondo il codice di procedura ticinese del 24 giugno 1924, Diss. Zurigo 1966
- LAEUCHLI M. : Kassation und Revision nach der tessinischen Zivilprozessordnung vom 24. Juni 1924, Diss. Zürich 1952
- LEPORI A. : L'accertamento del diritto e la procedura civile ticinese, Diss. Bern 1962
- LEUCH G. : Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar Bern 1937

- MENZEL R. : Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozesses, Diss. Zürich 1955
- MUELLER M. : Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, Freiburg 1954
- NIKISCH A. : Zivilprozessrecht, Tübingen 1952
- OHNDORF W. : Die Beschwer und die Geltenmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzungen im deutschen Zivilprozessrecht, Schriften zum Prozessrecht, fascicolo 28
- OSTERWALDER J. : Die Berufung im St.Gallischen Zivilprozessrecht von 1939, Diss. Bern 1942
- PANCHAUD-CAPREZ : Die Rechtsöffnung Zürich 1945
- PICARD M. : Studi sulla riforma del processo civile ticinese Bellinzona 1954
- PERRIG W. : Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Diss. Freiburg 1953
- RICCI H. : Reformatio in peius und Anschliessung an das gegnerische Rechtsmittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 1955
- RIGOLETH W. : Die ordentlichen Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde in der Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen von 1900, Diss. Bern 1931
- ROSENBERG/SCHWAB: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, München 1969
- SCHAUFELBERGER G: Die Berufung im Zivilprozess des Kantons Wadtd, Diss. Zürich 1958
- SCHOENKE/KUNINKE: Zivilprozessrecht, Karlsruhe 1969
- SCHURTER/FRIZZSCHE:
Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1931/
1933
- SOLIVA C. : Das Rechtsmittel der Revision im bündnerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1959
- STAUFFACHER W. : Vorläufige Vollstreckung SJZ 19 (1923) 289 ss.
- STEINER E. : Die Appellation nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1906
- STRAEULI/HAUSER : Zürcherische Rechtspflegegesetze, Vol. II, Zürich 1939
- WALDER H.U. : - Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966 (cit. Walder Prozesserledigung)
- Die Offizialmaxime, Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, fascicolo 1 (cit. Walder, Offizialmaxime)
- WALSMANN H. : Die Anschlussberufung, Leipzig 1928
- ZUMBUEHL R. : Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 1927
- ZWEIFEL P. : Revision, Reinigung und Erläuterung nach St.Gallischer Zivilprozessordnung, Diss. Freiburg 1952

ABBREVIAZIONI

ACS	Archivio Cantonale Storico
AGC	= Atti del Gran Consiglio
BO	Bollettino Ufficiale delle Leggi e dei Decreti della Repubblica e Cantone del Ticino
CCA	- Camera Civile d'Appello
CCC	- Camera Civile di Cassazione
CCS	- Codice Civile Svizzero del 10.12.1907
CF	- Costituzione Federale del 29.5.1874
CO	Codice delle Obbligazioni del 30.3.1911
CPC	- Codice di procedura Civile della Repubblica e Cantone del Ticino del 17.2.1971
CPC 1820	Codice di procedura Civile ticinese del 14.12.1820
CPC 1843	= Codice di procedura civile ticinese del 7.6.1843
CPC 1899	= Codice di procedura civile ticinese del 5.5.1899
CPC 1924	- Codice di procedura civile ticinese del 24.6.1924
CPCF	- Codice di procedura civile francese del 24.4.1806
CPP	= Codice di procedura penale ticinese del 10.7.1941
DL	- Decreto legislativo
LAC	= Legge di applicazione e complemento del CCS del 18.4.1911
LALEF	- Legge cantonale di attuazione della LEF dell'8.3.1911
LEF	- Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento dell'11.4.1889
LOG	Legge organica giudiziaria civile e penale del Ticino del 24.11.1910
RGP	Repertorio di Giurisprudenza Patria, Lugano
RO	Raccolta Ufficiale delle Leggi
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
STF	Sentenza del Tribunale Federale
TA	Tribunale d'Appello
Tf	Tribunale Federale

MATERIALI

Verball della Commissione dei periti per la riforma della procedura civile, Bellinzona 1898

Messaggio del Consiglio di Stato al Gran Consiglio accompagnante il progetto di Legge Organica Giudiziaria e di Codice di Procedura Civile del 24.10.1898

Messaggio del Consiglio Di Stato al Gran Consiglio e progetto di un nuovo codice di procedura civile del 5.1.1954 (I Progetto)

Rapporto della Commissione Speciale per l'esame del messaggio 5.1. 1954 concernente il nuovo codice di procedura civile del 9.6.1958 (II Progetto, progetto Borella)

Rapporto della Commissione Speciale per l'esame del messaggio 5.1.1954 concernente il nuovo codice di procedura civile del 27.11.1970

Verball delle sedute della Commissione Speciale per la revisione del codice di procedura civile 1967 - 1970 (non pubblicati)

Messaggio del Consiglio di Stato del 22.5.1974 per la modificazione del CPC

Messaggio del Consiglio di Stato del 22.5.1974 per la modificazione della LOG

PARTE PRIMA

I Cenni storici

1. L'evoluzione storica in generale

I sistemi dei mezzi d'impugnazione attualmente vigenti nella maggior parte degli stati europei traggono generalmente la loro origine dal diritto comune e dal diritto processuale romano. Appare quindi opportuno esporre a grandi linee l'evoluzione storica verificatasi.

1.1. Il diritto romano

L'epoca repubblicana era caratterizzata dal processo delle *legis actiones* e più tardi dal processo formulare.

Tipica era la suddivisione del processo in due distinte fasi: una preliminare denominata in *iure* ed una di cognizione detta in *iudicio*.

La prima aveva luogo davanti al pretore che decideva se dovesse esser data un'*actio* all'attore. In caso affermativo stabiliva con le parti il programma della lite (*litis contestatio*) e conferiva ad un giudice designato dalle parti la facoltà di giudicare.

Nella seconda fase del procedimento, il giudice stabiliva i fatti rilevanti, li confrontava alle condizioni fissate nella *litis contestatio* e pronunciava la sentenza (*absolutio* o *condemnatio*).

La decisione emanata era assoluta, irrevocabile e, nella concezione privatistica di allora, vincolante al pari di un qualsiasi negozio giuridico contrattuale.

Con la sua emanazione la sentenza acquisiva la cosiddetta "*auctoritas rei iudicatae*" ed escludeva fra le parti qualsiasi nuova azione sullo stesso oggetto.

Per principio, non esistevano rimedi particolari, tuttavia, se il procedimento o il giudizio erano inficiati da gravissime carenze, la sentenza era considerata nulla e priva di effetti, senza limiti di tempo. All'*actio rei iudicatae*, mirante all'esecuzione del giudizio, poteva esser validamente opposta l'*exceptio*

sententiae nullae.

In luogo di un principio di impugnazione, come inteso oggi, esisteva un principio di nullità applicabile alle sentenze affette da vizi clamorosi.

Parallelamente, anche se queste forme processuali non avevano il carattere vero e proprio di rimedi, v'era la possibilità per chiunque - e quindi anche per le parti - di adire un'autorità superiore al pretore (appellare, provocare), la quale, in caso di irregolarità, interveniva (intercessio) nel procedimento cassando la litis contestatio o il decreto del iudicium dare.

La modificazione della litis contestatio era inoltre possibile, per motivi strettamente limitati, attraverso la restitutio in integrum che permetteva la ripetizione del processo.

L'avvento del principato, coincise con una profonda modifica delle istituzioni anche nel campo dell'amministrazione della giustizia.

Il processo formulare venne a poco a poco sostituito dalla cognitio extra ordinem. Al posto del pretore e del iudex privato subentrarono funzionari con poteri giurisdizionali derivanti loro dall'autorità dello stato. All'opposto del pretore essi erano rigorosamente subordinati e vincolati dalla legge. Le decisioni giudiziali divennero atti statali di applicazione della legge. La suddivisione del processo in due stadi e la litis contestatio, quale atto di sottomissione anticipata al giudizio, persero il loro significato originario.

L'organizzazione gerarchica delle autorità statali e la scomparsa del carattere privatistico del processo resero possibili l'avvento dei cosiddetti remedia contra sententias; questi erano ormai diventati veri e propri istituti processuali col precipuo fine di annullare sentenze illegali gravanti a torto una parte. La restitutio in integrum venne ammessa anche contro le sentenze cresciute in giudicato, sempreché esistessero motivi

straordinari e rigorosamente delimitati dalla legge.

L'appellatio, dapprima concepita come rimedio straordinario nell'ambito della extraordinaria cognitio, divenne il rimedio generale ed ordinario.

A differenza della restitutio in integrum, i titoli che legittimavano l'appellatio non erano straordinari: semplici errori di procedura o di giudizio giustificavano l'annullamento della sentenza.

In seconda istanza era inoltre generalmente ammessa l'adduzione di nuovi fatti o di nuove prove.

L'appello andava introdotto con una cosiddetta querela al giudice "a quo", il quale statuiva sull'ammissibilità in ordine dell'appello e formulava le proprie osservazioni.

L'istanza superiore, in caso di accoglimento dell'appello nel merito, annullava la sentenza del giudice di prime cure mediante un apposito iudicium rescidens. Di natura inizialmente cassatoria, l'appello divenne in seguito riformatorio. Il giudice superiore non solo annullava la sentenza impugnata ma emanava un nuovo giudizio (iudicium rescissorium).

Nonostante l'introduzione del principio d'impugnazione attraverso l'appello, il principio di nullità di atti affetti da gravi ed evidenti vizi continuò a sussistere. Chiunque poteva sollevare incidentalmente in via di eccezione la nullità di una sentenza. Col tempo si sviluppò anche la possibilità di ottenere attraverso un giudizio dichiarativo, in via principale, la constatazione della nullità (querela nullitatis).

1.2. Il diritto comune

Il diritto comune comportò la suddivisione dell'organizzazione giudiziaria in tribunali speciali con competenze particolari e frammentarie. Tuttavia, nonostante la molteplicità e le differenze esteriori dei rimedi nelle loro denominazioni, i principi fondamentali non subirono modificazioni rilevanti. Per tutti i rimedi, la giurisprudenza richiedeva ormai l'esistenza di un gravamen derivante alla parte dalla sentenza illegale. Scopo comune era l'annullamento della sentenza iniqua mediante *contrarius actus*.

L'oggetto del procedimento d'impugnazione differiva da quello di prima istanza: non era più la lite in se, ma unicamente la questione a sapere se la sentenza impugnata fosse iniqua o meno. Le cause d'impugnazione erano suddivise in ordinarie (1), ossia dovute ad errori nell'applicazione del diritto e straordinarie (2), ossia fondate su motivi particolari, quali la falsità di terzi, o gravi vizi procedurali.

I motivi ordinari di illegalità della sentenza davano luogo a rimedi ordinari, quali l'appello, la revisione o la querela nullitatis sanabilis, queste ultime improntate al primo. Scopo di questi rimedi era l'annullamento della sentenza illegale mediante *contrarius actus* di valore costitutivo. La decisione era infatti considerata sostanzialmente valida e suscettibile di crescere in giudicato in difetto d'impugnazione.

(1) Ossia dovute ad errori nell'applicazione del diritto.

(2) Ossia fondate su motivi particolari, quali la falsità di terzi, o gravi vizi procedurali.

Il principio d'impugnazione, pur predominando, non aveva comunque soppiantato il principio di nullità assoluta della sentenza per vizi gravi ed evidenti.

Con il rimedio straordinario della querela nullitatis insanabilis poteva ancora venir chiesto l'accertamento della nullità di una decisione. Il giudizio sull'impugnazione aveva in questo caso valore meramente declaratorio.

2. L'evoluzione storica nel canton Ticino

L'esame delle procedure vigenti prima dell'unità politica del cantone ed un'indagine particolare attorno ai mezzi di impugnazione delle sentenze in base ai vari statuti, ancorché temi di studio estremamente interessanti, esulano dai limiti posti al presente lavoro.

Occorre inoltre rilevare che il principale influsso esercitato sulle codificazioni ticinesi XIX secolo in materia di procedura civile va ricercato all'estero e non negli statuti locali.

La mediazione di Napoleone del 1803 gettò le basi per l'unificazione dell'apparato statale (3).

La prima costituzione cantonale di mediazione prevedeva la creazione di un tribunale d'appello, indipendente dal gran consiglio nell'esercizio dei suoi attributi, di tribunali distrettuali di prima istanza e di giudicature di pace, istituto di origine francese e sino a quell'epoca sconosciuto in Ticino.

I grandi compiti che si presentavano al nuovo stato, non permisero tuttavia che si attendesse con sollecitudine alla legislazione processuale civile.

Perciò con la legge del 16 giugno 1803 venne restituita validità provvisoria a tutte le leggi civili, statuti, usi e consuetudini vigenti avanti la rivoluzione, "in tutto ciò, che non è opposto all'atto di mediazione o alle disposizioni emanate dopo il 20 maggio 1803" (4). Il diritto comune subentrava come base legale sussidiaria.

(3) Schurter Fritzsche 49

(4) RO I 79

2.1. Il CPC del 1820

Fu solo con la seconda costituzione cantonale del 17 dicembre 1814 che venne sancito il postulato di un codice di procedura civile uniforme per tutto il cantone, ma si dovette attendere ancora sei anni prima di approdare a risultati concreti.

Il nuovo codice di procedura, frutto del lavoro di una commissione composta da avvocati del cantone (5), rappresentava una netta rottura con le vetuste e frammentarie tradizioni statutarie del cantone e si riallacciava in modo preponderante al diritto processuale comune.

Notevole influsso hanno esercitato il regolamento austriaco per il processo civile del 1784 (6) ed il regolamento generale del processo civile per il regno lombardo-veneto, derivato dal primo. Altri istituti tradiscono per contro la loro origine francese.

Per quanto riguarda il sistema dei mezzi d'impugnazione delle sentenze in particolare (libro IV), l'influsso austriaco, anche se meno pronunciato che in altre parti del codice, è soprattutto rilevabile nell'istituto dell'appellazione.

Nel rimedio della querela di nullità e in quello improprio dell'azione civile contro i giudici l'influenza della legislazione francese è più marcata.

Il libro IV del CPC 1820, suddiviso in quattro titoli, disciplina i seguenti rimedi contro i giudicati:

- l'appellazione
- la querela di nullità
- la restituzione in intero
- l'azione civile contro i giudici

(5) Verbalì del gran consiglio 1815, 109

(6) Bertoni, memoria RGP 1894, 99

2.1.1. L'appellazione

Il rimedio generale dell'appello era proponibile al tribunale supremo contro le sentenze ed i decreti dei tribunali di prima istanza che non fossero dichiarate inappellabili dal codice (7).

Le decisioni dei giudici di pace, la cui competenza non andava oltre un valore di causa di 30 fr, erano inappellabili (8). un'eccezione era prevista unicamente per le decisioni dei giudici di pace dei circoli di Gamarogno, Isole, Onsernone e Verzasca, a favore dei quali la legge aveva istituito una speciale competenza appellabile in cause del valore compreso fra 30 e 200 fr (9). Entro questi limiti i giudici di questi quattro circoli esercitavano le funzioni di tribunale di prima istanza.

L'appellazione cosiddetta semplice si intendeva rivolta contro ogni parte della sentenza impugnata: se invece venivano indicati gli articoli da cui si appellava, la sentenza veniva considerata passata in giudicato per rapporto ai disposti non esplicitamente impugnati (10).

L'appello doveva essere interposto verbalmente, mediante comparsa, o per iscritto al giudice che aveva pronunciato la sentenza impugnata, entro il termine di 10 giorni (11). Il giudice a quo statuiva con decreto sull'ammissibilità dell'appello interposto.

L'appellazione era di regola devolutiva e sospensiva; il principio della sospensività conosceva tuttavia numerose eccezioni per le quali è difficile trovare un denominatore comune.

(7) art 389 CPC 1820

(8) art 15 CPC 1820

(9) art 16 CPC 1820

(10) art 394 CPC 1820

(11) art 391, 392 CPC 1820

I giudizi incidentali erano in generale appellabili: l'appello dei decreti meramente ordinatori del procedimento - per i quali era prevista una procedura particolarmente rapida e orale (processo sommario) - non aveva effetto sospensivo. Sospensive erano per contro le appellazioni di decreti incidentali concernenti questioni pregiudiziali che "ferivano il merito della controversia". (12)

Simile distinzione dei giudizi interlocutori e delle loro impugnazioni era nota pure al codice di procedura civile francese (code Napoléon). (13)

Ottenuto il decreto d'ammissione, l'appellante, che intendeva continuare nell'appellazione, doveva farla iscrivere nell'apposito registro, il quale veniva chiuso due volte all'anno a scadenze fisse. Il presidente del tribunale d'appello, avuta conoscenza dell'elenco delle cause pendenti in grado di appello, ne ordinava l'aggiornamento. Ogni appellante era tenuto a far citare la controparte per il dibattimento.

Il tribunale d'appello, come il governo privo di una sede fissa, teneva le sue sedute, a turno rotatorio, a Bellinzona, Locarno e Lugano, due volte all'anno (14). La procedura d'appello era orale e pubblica, con due arringhe per parte. Le eccezioni d'ordine dovevano scaturire dal procedimento di prima istanza ed esser proposte cumulativamente in modo distinto da quelle di merito. Come nei codici francese ed austriaco non era lecito alle parti addurre nuovi fatti, nuove prove o nuove eccezioni (15): un divieto questo che rimarrà costante in tutte le codificazioni successive.

Ultimata l'arringa, il tribunale procedeva alle deliberazioni in udienza segreta, senza interruzioni, in numero completo e a maggioranza assoluta di voti.

(12) Picard 46, art 397 § 7 CPC 1820 e contrario

(13) cfr. art 451, 452 CPCF

(14) art 411 CPC 1820

(15) art 412 § 1 CPC 1820

Il tribunale d'appello poteva confermare, riformare o annullare i giudizi impugnati; "non oltrepassando però mai i due estremi tra l'istanza dell'attore e quella del reo" (16).

2.1.2. La querela di nullità

L'origine di questo mezzo di impugnazione va con ogni probabilità cercata nella "requête civile" del codice di procedura civile di Napoleone. Notevoli sono infatti le analogie: in entrambi i codici il rimedio riveste carattere di straordinarietà (17); non è per contro devolutivo (18) né sospensivo dell'esecuzione del giudicato (19).

In alcuni disposti la recezione del codice francese è evidente (20).

La querela di nullità era proponibile al giudice a quo nei casi di giudizio ultra petita e nei casi in cui la sentenza contenesse disposizioni contraddittorie.

Erano impugnabili le sentenze di merito, ancorché cresciute in giudicato ed eseguibili, "di qualsivoglia giudice o tribunale". Il termine per l'impugnazione era di un mese dall'intimazione o pubblicazione della sentenza.

La querela di nullità andava proposta nelle forme prescritte per le azioni ordinarie allo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza impugnata (21).

Se la querela veniva accolta, le parti venivano "rimesse nello stato", cui si trovavano prima dell'emanazione del giudizio annullato (22). Sempre lo stesso giudice procedeva in seguito ad una nuova pronunzia nel merito della causa.

(16) art 112 CPC 1820

(17) art 414 CPC 1820; 480 CPCF

(18) art 416 CPC 1820; 497 CPCF

(19) art 417 CPC 1820; 490 CPCF

(20) art 421 CPC 1820; 503 CPCF

(21) art 415 e 417 CPC 1820

(22) art 419 CPC 1820

2.1.3. La restituzione in intero

Sotto questo titolo il CPC disciplinava tre differenti istituti, ossia la restituzione in intero contro il lasso dei termini, contro le conclusioni in causa e contro le sentenze (23).

Di questi tre istituti soltanto l'ultimo presenta le caratteristiche di rimedio contro i giudicati nel senso stretto del termine. La restituzione contro il lasso dei termini e quella contro le conclusioni di causa, non concernono infatti direttamente l'epilogo del processo, ossia il giudizio.

La restituzione contro le conclusioni in causa poteva essere domandata solo prima dell'emanazione della sentenza.

La restituzione contro il lasso dei termini, per contro, era proponibile anche dopo la prolazione del giudizio, tuttavia, al più tardi prima che scadesse il termine per appellare. In quest'ultimo caso sospendeva gli effetti della sentenza, qualora quest'ultima fosse impugnabile con appellazione sospensiva.

L'effetto dell'ammissione di questi due tipi di restituzione era unicamente quello di permettere alla parte che ne beneficiava di procedere a quelle incombenze, rispettivamente di addurre quelle ragioni, che senza sua colpa aveva ommesso. L'accoglimento della domanda di restituzione in intero contro il lasso dei termini non esplicava alcun effetto nei confronti di una sentenza già emanata; questa poteva essere annullata o riformata soltanto facendo capo ad un altro mezzo d'impugnazione. La restituzione in intero contro le sentenze permetteva invece alla parte gravata di impugnare il giudicato a lei sfavorevole al fine di ottenerne l'annullamento.

(23) art 422 - 442 CPC 1820

Secondo il CPC del 1820 la restituzione in intero contro le sentenze era proponibile nei seguenti casi (24):

- " § 1 Quando siavi giudicato sopra documenti riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza.
- § 2 Se la parte esibisca nuovi documenti di fatto e tali che se fossero stati prodotti, siavi ragionevole presunzione che sarebbe emanato un diverso giudizio, sempre che però giustifichi nel modo sopra espresso non essere imputabile a di lei negligenza il non averli esibiti avanti le sentenze.
- § 3 Se nelle sentenze, decreti definitivi, o transazioni giudiziali sia intervenuto dolo, o falsità, salvo però qualunque altro rimedio di ragione".

Anche questo istituto denota abbastanza chiaramente la sua provenienza dal diritto francese. In base al CPC francese gli stessi motivi davano luogo alla requête civile (25).

E' interessante notare che, suscettibili di impugnazione mediante la restituzione in intero, non erano soltanto le sentenze e i decreti definitivi ma anche i lodi arbitrali e le transazioni giudiziarie.

Il rimedio aveva carattere di sussidiarietà rispetto agli altri rimedi ed andava proposto, nelle forme prescritte per le azioni ordinarie davanti al iudex a quo. La restituzione in intero contro le sentenze non ne sospendeva l'esecuzione, ma, se ammessa, permetteva al beneficiario di "istituire un nuovo giudizio per togliere o riformare la cosa giudicata o transatta" (26).

Per essere ammessa inoltre erano necessarie due condizioni cumulative. Anzitutto la falsità o il dolo dovevano risultare da un giudizio precedente. In secondo luogo era ancora necessario che la falsità e il dolo

(24) Art. 425 CPC 1820

(25) Cfr. CPCF art. 480 N 1, 9 e 10

(26) Art. 432 CPC 1820

fossero stati causali per l'emanazione del giudizio impugnato: in caso contrario la domanda di restituzione veniva respinta.

Il termine massimo per chiedere la restituzione in intero contro una sentenza cresciuta in giudicato era di due anni a contare dalla sua notificazione.

2.1.4. L'azione civile contro i giudici

Sebbene annoverata nel libro IV del CPC, relativo ai rimedi contro i giudicati, l'azione civile contro i giudici non può essere considerata un vero e proprio mezzo d'impugnazione. Essa infatti non é rivolta contro un giudicato quanto piuttosto contro la persona stessa del giudice.

L'azione civile era proponibile nei casi di "dolo, frode o concussione" avvenuti nel corso dell'istruzione o all'atto della sentenza, o nei casi di denegata giustizia.

L'azione civile contro i giudici poteva tuttavia costituire la premessa necessaria per aprire la via alla restituzione in intero contro le sentenze per titolo di dolo e falsità (27).

In quest'ottica ristretta può essere quindi considerata indirettamente come un rimedio contro le sentenze.

L'istituto, ripreso totalmente dal codice di procedura francese (28), era assimilabile ad un'azione di responsabilità contro i magistrati.

2.2. Il CPC del 1843

Trascorsi pochi anni dall'entrata in vigore del codice del 1820, già prendevano avvio i primi tentativi di riforma (29). Gli emendamenti proposti miravano soprattutto a rendere il processo più spedito ed a sopprimere

(27) art 425 § 3 e 430 CPC 1820

(28) cfr art 434 CPC 1820 e CPCF 505 §

(29) cfr Progetti di riforma della PC proposti dal consiglio di stato al gran consiglio (ACS n. 3367) atti del gran consiglio, messaggio n. 6 del 7.6.1828

inutili formalità.

Il sistema delle impugnative non subì mutamenti sostanziali sino alla revisione totale del 1843. Da segnalare soltanto la soppressione e la modifica di alcune formalità nella procedura d'appello (30) e un'interessante mozione, presentata nel 1841 dal deputato Calgari, tendente a rendere inappellabili le sentenze d'ordine ed incidentali (31).

Il progetto di un nuovo codice, frutto del lavoro decennale di una speciale commissione, portato davanti al gran consiglio nel 1843, fu oggetto di ampio ed acceso dibattito.

I limiti *ratione valoris* della competenza appellabile ed inappellabile dei tribunali inferiori suscitarono in particolare le più vivaci discussioni (32).

Di notevole interesse sono pure le discussioni sorte attorno alla distinzione fra le appellazioni in via di ricorso e quella in via di arringa, nonché la proposta di delegare ai tribunali distrettuali parte delle competenze del tribunale di appello nei confronti delle sentenze dei giudici di pace.

Il codice del 1843 ricalcava nelle sue grandi linee il codice precedente, anche se alleggerito di parecchie di quelle formalità prive di giustificazione oggettiva che lo contrassegnavano.

Nel sistema delle impugnazioni venne modificato il rimedio principale dell'appellazione. Gli altri mezzi d'impugnazione non subirono che modifiche di poco conto, talvolta a scapito della chiarezza.

2.2.1. L'appellazione

L'innovazione più interessante instaurata dal nuovo codice è senz'altro costituita dalla suddivisione dell'appello in due distinte forme; l'una scritta, denominata

(30) atti del gran consiglio 1840 pag. 374

(31) atti del gran consiglio 1841 pag. 219

(32) atti del gran consiglio 1843 pag. 294, 327, 382, 437, 482, 526, 612

appellazione in via di ricorso, l'altra orale, identica nella sostanza all'appellazione in via d'arringa del precedente codice.

A) l'appellazione in via di ricorso (33).

Questo rimedio era proponibile al tribunale d'appello contro le sentenze appellabili dei giudici di pace e contro quelle dei tribunali distrettuali di prima istanza in cause di valore inferiore alle 600 lire.

Da rilevare a tal proposito, che la competenza appellabile dei giudici di pace, sino allora prerogativa speciale ed eccezionale dei giudici dei circoli del Gambarogno, Isole, Onsernone e Verzasca (34) era stata estesa in modo uniforme e generale ai giudici di tutti i circoli del cantone.

Il ricorso motivato andava insinuato alla cancelleria del giudice che aveva pronunciato la sentenza entro il termine di 10 giorni. Entro ugual termine la parte appellata poteva presentare le proprie osservazioni.

Il tribunale d'appello statuiva sul ricorso a termini di diritto senza ulteriori atti di procedura, anche in mancanza di controgravami.

L'appellazione in via di ricorso era disciplinata da tre soli articoli; è da ritenere quindi che per quanto non fosse esplicitamente regolato facessero stato le norme generali applicabili alle appellazioni in via d'arringa.

B) l'appellazione in via di arringa.

La procedura relativa non subì modificazioni sostanziali. Appellabili in via d'arringa erano le sentenze ed i decreti dei tribunali distrettuali in cause di valore eccedente le 600 lire. La dichiarazione d'appello doveva esser formulata per iscritto alla segreteria del giudice che aveva pronunciato la decisione impugnata, entro il termine di 10 giorni dall'intimazione della sentenza.

(33) art. 305 CPC 1843

(34) cfr. CPC 1820 art. 16

L'appello stesso veniva trattato in occasione delle sedute trimestrali, che il tribunale d'appello teneva a turno a Bellinzona, Lugano e Locarno.

Il modo di procedere nel dibattimento era sostanzialmente identico a quello stabilito dal codice precedente. E' interessante tuttavia rilevare l'obbligo fatto alla parte che intendeva sollevare eccezioni d'ordine, di notificarle sommariamente alla controparte dieci giorni prima dei dibattimenti ciò al fine evidente di agevolare la difesa, impedendo all'eccepiante di sorprenderla impreparata (36).

L'assenza della parte appellata non comportava che la perdita del diritto di esporre le proprie ragioni; il tribunale giudicava a termini di ragione in base agli atti e agli allegati di prima istanza.

La possibilità di proporre nuove domande o di addurre nuovi fatti o prove restava esclusa.

L'appello era di regola sospensivo. Le eccezioni erano tuttavia più numerose che non nel codice precedente. Nei casi minuziosamente elencati all'art. 310 CPC, l'esecuzione delle sentenze era possibile dietro cauzione, nonostante l'appello.

Alcuni emendamenti, negli intenti del legislatore, avrebbero dovuto snellire il processo, impedendo alle parti di abusare della possibilità di far capo ad appellazioni sospensive per la soluzione degli incidenti.

L'appello venne di conseguenza escluso per l'impugnazione di decreti meramente ordinatori del procedimento (36). In altri casi venne tolto l'effetto sospensivo alle appellazioni (37). La distinzione fra i giudizi d'ordine appellabili tanto "nel sospensivo" quanto "nel devolutivo" e quelli appellabili unicamente

(35) Art. 319 CPC 1843

(36) Art. 69 CPC 1843 decisione circa la "qualità" del processo, corrispondente all'art. 134 del CPC 1820. Art. 79 CPC 1843 decreto sulla separazione dei processi in caso di litisconsorzio passivo.

(37) Art. 310 cpv. 2 lit. a) CPC 1843 decreto che ammette le prove cfr. Picard 47.

"nel devolutivo" era tuttavia empirica e non derivava da una chiara distinzione sistematica di principi.

Singolare a questo proposito l'incidenza prevista dall'art. 313 del codice, che abilitava la parte appellata ad ottenere dal tribunale un verdetto chiarificatore circa l'effetto dell'appello.

2.2.2. La querela di nullità

Mentre secondo il codice del 1820 la querela di nullità era proponibile contro le sentenze di tutti i giudici dell'ordine giudiziario, il nuovo codice limitava la proponibilità contro le sole sentenze del tribunale d'appello.

I titoli che davano luogo alla querela di nullità e le altre caratteristiche preesistenti di questo mezzo d'impugnazione non vennero modificate dalla riforma.

2.2.3. La restituzione in intero

Anche questo istituto non venne toccato dalla riforma nelle sue caratteristiche fondamentali.

L'art. 422 del vecchio codice con la suddivisione nei tre tipi di restituzione (contro il lasso dei termini, contro le conclusioni in causa e contro le sentenze) venne ripreso quasi letteralmente dal nuovo art. 328.

Da segnalare unicamente l'omissione delle transazioni giudiziali, che il precedente codice aveva equiparato alle sentenze e ai lodi arbitrari, quali oggetto d'impugnazione mediante la restituzione in intero contro le sentenze.

Non è dato di stabilire se a ciò sia corrisposto un effettivo cambiamento d'indirizzo o se invece si sia trattato di una semplice omissione in sede redazionale.

I titoli che abilitavano alla restituzione in intero erano stati ridotti a due.

Il titolo di dolo o falsità intervenuta nella sentenza, noto al codice precedente, era stato soppresso (38).

Il termine massimo di due anni inoltre era stato ridotto ad un solo anno.

(38) art. 425 § 3 CPC 1820

Le rimanenti disposizioni vennero riprese integralmente dal vecchio codice con semplici modifiche redazionali.

2.2.4. L'azione civile contro i giudici

L'ordinamento di questo istituto rimase sostanzialmente identico a quello del codice precedente.

2.3. Il periodo tra il 1843 e il 1899

L'avvento del nuovo codice non portò sostanziali miglioramenti alla farraginoso amministrazione della giustizia.

La classe politica, presa com'era dalle lotte politiche e religiose dell'epoca, non poteva attendere con la dovuta diligenza a quella riforma radicale che ormai da molti era sollecitata.

Quasi tutti i tentativi di apportare miglioramenti al codice allora vigente naufragarono miseramente, sia per la mancanza di una chiara visione d'insieme, sia per il radicato spirito conservatore che animava gli amministratori della giustizia.

Le parziali riforme messe in opera, erano dei semplici palliativi e non toccavano le vere cause del male, che affondava le sue radici nei principi stessi che sorreggevano il codice.

Le numerose riforme parziali dell'organizzazione giudiziaria e di parti del codice di procedura civile, che si susseguirono dal 1843, rendono testimonianza del profondo malessere che travagliava la giustizia del tempo.

L'Avv. Bertoni, a sostegno della necessità di una riforma globale ed essenziale della PC dirà nella sua memoria:

" Accontentarsi di quei soliti brandelli di riforme, di cui finora si è fatto così largo abuso, sarebbe far opera vana.

I principi veri hanno la loro logica. O si ammettono colle necessarie loro conseguenze, o si respingono.

Se invece gli uni agli altri si sovrappongono, od a meglio dire, se nel legiferare non si ha una direzione ben determinata e si attingono provvedimenti ai principi più opposti e contraddittori si cade inevitabilmente nell'empirismo, si impedisce ogni razionale interpretazione delle leggi e si fa cadere la giurisprudenza in quell'incertezza, in quei tentennamenti, in quei diversi inconvenienti che tutti conosciamo per prova" (39).

(39) Bertoni, memoria RGP 1894

Le riforme più interessanti riguardavano l'organizzazione giudiziaria in genere e il tribunale di seconda istanza (tribunale d'appello e tribunale supremo) in particolare. Di riflesso, anche il sistema dei rimedi contro i giudicati fu oggetto di riforme (40). Le disposizioni della PC relative all'appello subirono una prima revisione con l'emanazione della "Legge sulla procedura per la trattazione delle cause in appello" del 19 dicembre 1852, che rimase in vigore sino alla sua formale abrogazione avvenuta nel 1891. La disciplina del procedimento di seconda istanza venne precisata in certi suoi aspetti pratici; la sostanza rimase tuttavia immutata rispetto al codice del 1843.

Con la riforma costituzionale del 1. marzo 1855, venne creata la possibilità di suddividere il tribunale supremo composto di 9 membri "in sezioni per i giudizi civili e penali" (41). La successiva LOG del 6 giugno 1855 dispose che, "per rispetto alla materia civile", il tribunale supremo si dividesse in due sezioni; una camera d'appello di 5 membri che pronuncia sui giudicati appellabili di tribunali distrettuali e delle giustizie di pace ed una camera di cassazione di 4 membri alla quale si ricorre contro i giudicati supremi per titolo d'incompetenza, di violate forme e manifesta violazione di legge (42).

Il codice di procedura civile venne riveduto in modo non del tutto conseguente il 7 dicembre 1855 (43).

La competenza di appello nei confronti delle sentenze dei giudici di pace veniva infatti tolta al tribunale supremo a favore dei tribunali distrettuali: "il tribunale di prima istanza distrettuale esercita gli attributi di tribunale d'appello in rapporto ai giudicati appellabili delle giustizie di pace del distretto" (44). Anche questa riforma non sopravvisse a lungo.

Con le riforme giudiziarie dell'8 giugno 1858 venne "soppressa ogni competenza di giudicanti di appello nei tribunali distrettuali". La competenza di appello nei confronti

(40) Schurter Fritzsche II 394

(41) Riforma costituzionale 1. marzo 1855 (BO 31,30 art.4)

(42) cfr. LOG del 6 giugno 1855 art. 19 § 1 (BO 31,140)

(43) cfr. riforma del PCP 7 dicembre 1855 (BO 31, 160)

(44) BO 31, 160 art. 1

delle sentenze appellabili delle giustizie di pace veniva di nuovo attribuita alla camera civile del tribunale supremo (45). Un'ulteriore conferma, se mai ve ne fosse ancora bisogno, dell'estrema volubilità degli indirizzi legislatori.

Nel 1858 si tentò di trasformare la camera di cassazione del tribunale supremo in una corte di cassazione composta di 20 giudici togati (46). Il tentativo ebbe vita breve: appena un anno dopo venne reintrodotta la camera di cassazione (47), che a sua volta venne abolita nel 1861 (48).

La causa del mancato funzionamento di questa pur interessante innovazione va ricercata nel sistema giudiziario stesso, oltre che nella non semplice procedura instaurata. Disponeva infatti l'art. 5 della legge istituyente la corte di cassazione:

"Quando il giudizio della corte civile ammette l'istanza del ricorrente, cioè cassi la sentenza stata querelata, la corte rimanda le parti ad una camera civile d'appello composta di supplementari da nominarsi dal gran consiglio (!).

Quando però la sentenza di appello non sia stata cassata per motivi suoi propri, ma per motivi estensibili anche alla sentenza di prima istanza, le parti sono rimandate ad uno dei due tribunali di prima istanza vicini a quel tribunale che ha già pronunciato" (49).

Nel 1863 venne introdotta la procedura scritta per l'appellazione in via di ricorso in cause di valore inferiore a fr l'000.-. Il termine di ricorso venne prolungato da 10 a 15 giorni (50). Ugual termine veniva concesso alla controparte per l'insinuazione di un controricorso.

Successivamente, venne disciplinato il contraddittorio nella procedura d'appello per via di arringa davanti alla camera civile, limitandolo ad un allegato per parte. Replica e duplica erano permesse solo nella discussione di determinate questioni d'ordine. Ultimato il dibattimento le parti

(45) B0 34, 35 art. 27

(46) Istituzione di una corte di cassazione per civile e per l'atto criminale del 29 novembre 1858 (B0 34,104)

(47) Camera di cassazione provvisoria, 10.12.1859 (B0 35,22)

(48) Abolizione della camera di cassazione 10.12.1861 (B0 37,84)

(49) cfr. art. 5 in B0 34 pag. 105

(50) Modificazioni alla legge organica giudiziaria e ad alcune leggi di procedura del 20.5.1863 (B0 39, 12 art. 9)

erano tenute a presentare "entro il perentorio termine di mezz'ora", le rispettive conclusioni, "ossia punti di questione e domande". La camera inoltre era tenuta a decidere seduta stante "senza alcun interrompimento e senza separarsi prima del prologo e pubblicato giudizio" (51).

Con la riforma costituzionale del 20 novembre 1875 e la successiva legge di applicazione del 9 maggio 1877, venne concessa alle parti la possibilità di portare le cause di valore superiore a fr. 25.- (!) direttamente "in appello" (52).

Le importanti modifiche apportate alla LOG nel 1883 riguardavano praticamente soltanto l'organizzazione dell'apparato giudiziario. Il limite dell'appello in via di ricorso venne tuttavia portato a fr. 1'000.- e il termine per appellare a 15 giorni.

Con la legge di procedura per la trattazione delle cause in appello del 17 novembre 1891 (53) si cercò di mettere ordine fra le numerose, a volte contraddittorie disposizioni che regolavano la procedura in seconda istanza.

Quest'ultima legge, come pure le sue successive modificazioni (54), non mutarono comunque i caratteri essenziali del procedimento d'appello, che rimase suddiviso nell'appellazione in via di ricorso (scritta) e in via d'arringa (orale).

(51) Orario della CCA e discipline per li contraddittori avanti la medesima- e variazioni apportate alla legge giudiziaria 25 novembre 1869 (BO 45, 39 art. 2 e 3, successivamente modificato il 25 novembre 1875 BO 1875, 267).

(52) Riforma parziale della costituzione cantonale. Legge del 20 novembre 1875 (nuova raccolta generale 1803-1886 vol. 1, 30) Legge sulla trattazione delle cause che possono esser portate direttamente in appello del 9 maggio 1877 (RO.Ns. 3, 53)

(53) BO Ns. 18, 13§

(54) Riforma della legge 17 novembre 1891 per la procedura della trattazione delle cause in appello del 5 dicembre 1892 (BO 18, 285).

Decreto legislativo modificante la legge di procedura per la trattazione delle cause in appello del 5 giugno 1893 (BO 19, 118).

Decreto legislativo circa la trattazione delle cause in appello 4 dicembre 1894 (BO 20, 167).

La legge di procedura per la trattazione delle cause civili in appello del 3 maggio 1895 (55) altro non è che una rielaborazione su basi più sistematiche della legge del 1891. Da segnalare unicamente l'istituzionalizzazione di un principio ormai consacrato dalla giurisprudenza; l'annullazione in ordine di una sentenza per vizio di forma poteva aver luogo soltanto se il vizio non potesse essere in altro modo sanato.

La revisione parziale della costituzione cantonale del 18 gennaio 1894 (56) fissante a Lugano la sede del tribunale d'appello, costituì una riforma da tempo auspicata, ponendo fine ad un sistema ormai superato. La mancanza di una sede fissa creava infatti seri problemi ai giudici d'appello in ordine alla circolazione ed alla conoscenza degli atti di causa. Inoltre, tanto la procedura orale delle appellazioni in via d'arringa, quanto quella scritta dei ricorsi, ponevano i giudici d'appello in grave imbarazzo di fronte all'obbligo di emanare la sentenza seduta stante.

" La lettura del ricorso o la discussione orale sorprendono i giudici prima che abbiano avuto occasione di studiare l'incarto. Potrebbe essere altrimenti, a vero dire per le cause appellate in via di ricorso, ma né la legge ne ordina uno studio preliminare, né il sistema delle sedi alternanti e peregrinanti del tribunale permette di far conto sopra un esame preliminare dei ricorsi da parte di tutti i signori giudici

..... Una legge del 1891 aveva disposto molto saggiamente che ad ogni appellazione dovesse andar unito il rotolo degli atti, affinché i giudici lo potessero studiare. Ma quella legge non poté sotto questo riguardo, conseguire il suo scopo e dovette esser riformata Un tribunale ambulante non può studiare gli atti del dibattimento a meno di tenersi radunato in modo permanente o quasi" (57).

2.4. Il CPC del 1899

La necessità di un'ampia e radicale riforma dell'ormai superato codice di procedura del 1843 e della legge organica giudiziaria era ormai generalmente sentita.

Le riforme parziali che a getto continuo si erano susseguite non avevano dato i risultati sperati.

(55) BO 21, 73

(56) BO 20, 147

(57) Bertoni B., memoria circa le riforme essenziali della PC in RGP 1894, 244/5.

Sin dal 1887 l'avv. B. Bertoni aveva formulato i propri pensieri e proposte (58) in merito al problema, ma si dovette attendere ancora sette anni prima che il governo cantonale gli conferisse il mandato di elaborare un progetto concreto per un nuovo codice. L'avv. Bertoni provvide ad illustrare in una prima memoria del 1894 i capisaldi che avrebbero presieduto all'auspicata riforma (59). Tre anni più tardi, sempre per opera sua, videro la luce i cosiddetti "schemi" di riforma della LOG e del CPC, che furono oggetto di un'attenta ed approfondita disamina da parte di una commissione di esperti (60).

Il progetto riveduto venne approvato, sottoposto dal consiglio di stato al gran consiglio (61) e da quest'ultimo accolto senza sostanziali modifiche.

Le riforme più radicali introdotte nel nuovo codice non riguardavano direttamente il sistema delle impugnazioni. Quest'ultimo fu comunque adeguato alle mutate esigenze e posto in consonanza con i principi fondamentali della riforma.

Come già in occasione della revisione del 1843, la fissazione dei limiti di competenza *ratione valoris* fra i vari tribunali suscitò le diatribe più accanite (62). In particolare, venne ampiamente discusso, se occorresse togliere una competenza appellabile ai giudici di pace e istituire una competenza inappellabile dei tribunali di prima istanza.

L'estensore del progetto proponeva l'introduzione del rimedio della cassazione nei confronti delle sentenze inappellabili e l'istituzione di una competenza inappellabile dei tribunali di prima istanza (63). Le proposte, passate al vaglio delle commissioni preconsultive, tuttavia non si tradussero in pratica.

Il nuovo codice tolse ai giudici di pace qualsiasi competenza appellabile, portando la competenza inappellabile a fr. 50.-. La proposta di introdurre il rimedio della cassazione venne abbandonata.

(58) apparsi su RGP 1887, 3,81,145,433

(59) memoria circa le riforme essenziali della PC in RGP 1894

(60) verbali della commissione dei periti del 1898 (in seguito Verbali)

(61) messaggio del consiglio di stato al gran consiglio del 24.10.1898 (in seguito Messaggio)

(62) cfr. RGP 1894, 673, verbali 96,138,144

(63) cfr. messaggio VIII/IX nonché articoli eventuali del II. progetto.

Ai presidenti dei tribunali di prima istanza venne attribuita una competenza inappellabile in cause di valore inferiore a fr. 150.-, eccedenti la competenza del giudice di pace e in cause possessorie ed esecutive.

I tribunali distrettuali di prima istanza erano invece competenti a giudicare tutte le altre cause salvo appello al tribunale d'appello.

Il capitolo dedicato ai rimedi contro i giudicati fu completamente ristrutturato (64).

L'art. 287 del nuovo codice elencava i seguenti mezzi d'impugnazione:

- " 1. l'appello
- 2. l'interpretazione
- 3. la revisione
- 4. la restituzione in intero
- 5. l'azione civile contro i giudici(65)"

2.4.1. L'appello

La sezione riservata a questo rimedio era organicamente suddivisa in quattro distinti capi:

- A. Nel primo erano trattate in generale le condizioni per l'appellabilità delle sentenze e gli effetti dell'appellazione.

L'appello rimaneva il rimedio ordinario e principale contro le sentenze dei tribunali distrettuali. Il primo progetto prevedeva di escludere dall'appello quelle sentenze che fossero altrimenti impugnabili con un mezzo di competenza della prima istanza (66).

Questa limitazione, in parte superflua, venne lasciata cadere nel progetto governativo, che a sua volta prevedeva l'esclusione dell'appello di sentenze contumaciali suscettibili di spurgo (67). Anche questa proposta venne abbandonata in sede granconsigliare.

(64) cfr. Schemi IX, Verbali 64; 178, Messaggio XXV

(65) A proposito di quest'ultimo rimedio l'estensore del progetto, avv. Bertoni annota: "L'azione civile non è a vero dire un rimedio, e si trova qui al suo posto non tanto per la rubrica quanto per analogia".

(66) cfr. Schemi e II.progetto.

(67) Messaggio art. 271 cpv. 2

Inappellabili rimanevano unicamente le provvisoriamente emanate senza contraddittorio e le sentenze dichiarate esplicitamente inappellabili dalla legge. Le domande formulate in prima istanza non potevano essere modificate se non entro i limiti stabiliti dell'art. 48 CPC.

Esclusa rimaneva pure la possibilità di allegare fatti nuovi e di produrre nuove prove: il tribunale d'appello poteva cionondimeno procedere d'ufficio ad un sopralluogo. La proposta intesa ad ammettere la riassunzione di testi in questa occasione non venne per contro accettata dalla commissione (68).

L'art. 292 CPC stabiliva che "l'appellazione di un litisconsorte non profitta agli altri litisconsorti", senza distinguere fra litisconsortio necessario e litisconsortio facoltativo.

Onde attenuare il rigore del principio venne tuttavia introdotto l'istituto dell'appello adesivo a beneficio del litisconsorte che aveva accettato la sentenza. Sotto la medesima denominazione venne inoltre compreso quello che la dottrina francese e italiana chiamano appello incidente, a favore della controparte.

A giusta ragione, precisava ancora il codice, l'appello adesivo poteva sussistere soltanto nella misura in cui sussistesse l'appello principale.

Qualora nel giudizio di prima istanza fossero state violate disposizioni essenziali di procedura, la parte gravata poteva chiedere l'annullazione in ordine della sentenza e il rinvio al giudice di prime cure. Secondo il progetto, il rinvio non avrebbe dovuto aver luogo nel caso in cui le irregolarità della sentenza di prima istanza non avessero impedito alla parte pregiudicata di proporre in appello tutti i suoi mezzi di difesa (69). La disposizione venne abbandonata nel messaggio.

(68) Verballi, 65

(69) Progetto I art. 316

Di regola l'appellazione sospendeva l'esecuzione del giudizio (70). Al principio derogavano alcune eccezioni in cui l'appello non era sospensivo ed altre in cui l'effetto sospensivo dell'appello dipendeva dal giudice di prime cure. In certi casi l'esecuzione provvisoria doveva essere espressa; in altri casi, essa aveva luogo se non era espresso il contrario.

Il giudizio incidentale era appellabile salvo contraria disposizione di legge.

Immediatamente esecutivi, salvo diversa disposizione del giudice, erano i decreti incidentali sulle prove (ad eccezione del giuramento) e quelli emanati in cause di valore inferiore a mille franchi, cioè quando il merito era appellabile per ricorso.

L'appello andava proposto nel termine ordinario mediante dichiarazione scritta alla cancelleria o verbale in presenza della controparte e registrata a protocollo (71).

L'appellazione di decreti incidentali veniva trattata cumulativamente col merito o colla prima appellazione sospensiva.

Quest'ordinamento, non previsto nel primo progetto, venne introdotto soltanto dal messaggio governativo (72), integrando nel sistema l'art. 319 bis, proposto in via eventuale dal secondo progetto.

L'appello incidentale cumulativo era già noto alla vecchia procedura penale del 1855 nei processi correzionali. A tal riguardo il consiglio di stato osservava:

" In molti cantoni confederati e davanti al TF tutte le appellazioni incidentali, senza distinzione, si cumulano con il merito, e la pratica sembra raccomandare questo sistema specialmente per le piccole cause, ed anche per le grosse, quando si tratti di prove. In quest'ultimo caso, il solo inconveniente temibile dell'appello cumulativo è la facilità ad ammettere le prove da parte della prima istanza, inconveniente punto grave, anzi trascurabile quando le prove testimoniali, come le perizie, perdono il carattere di prove legali, siano egualmente concesse

(70) art. 294 CPC 1899

(71) art. 322 CPC 1899

(72) Messaggio XXV

ad ambo le parti, ed abbandonate al libero apprezzamento del giudice. Anche il principio, sanzionato dall'art. 85, che le eccezioni contro la producibilità del documento si trattano col merito, viene a consigliare questa cumulazione dell'appello in materia di prove, che permette una grande abbreviazione della durata delle cause" (73).

- B. Al capo II della sezione dedicata all'appello, era disciplinata la procedura relativa all'appellazione in via di arringa.

Come il vecchio codice, anche il nuovo distingueva due forme d'appello: l'una orale in via d'arringa, l'altra scritta in via di ricorso.

Gli errori di una parte nella scelta della forma non erano più sanzionati con la nullità in ordine dell'atto d'appello, ma - secondo il principio della sanzione sufficiente - qualora un'appellazione proposta in via d'arringa fosse stata eccepita dalla controparte come proponibile solo in via di ricorso, era data facoltà all'appellante di sostituirla con un'appellazione in via di ricorso.

L'atto d'appello andava insinuato alla cancelleria del giudicante entro 15 giorni dall'intimazione della sentenza.

Entro cinque giorni dalla comunicazione dell'appello, la controparte od il litisconsorte potevano appellarsi in via adesiva o proporre le loro eccezioni in ordine alla validità dell'atto d'appello o domande di ricusa. Al dibattimento, chiarite in via preliminare le questioni d'ordine, ogni parte aveva diritto ad un'arringa per la discussione del merito. L'ordinamento della contumacia in sede di appello era modificato, rispetto al codice del 1843, nel senso che se entrambe le parti non comparivano, il tribunale giudicava sugli atti e sulle allegazioni di prima istanza.

Secondo il vecchio codice invece, in caso di mancata comparsa di entrambe le parti o della parte appellante, il tribunale dichiarava la causa deserta (74).

(73) Messaggio XXV

(74) art. 321 CPC 1843

Per il resto, la procedura d'appello in via di arringa, minuziosamente regolata nelle sue formalità (75), riprese essenzialmente gli schemi del vecchio codice, adeguandoli alle mutate circostanze (76).

- C. L'appellazione in via di ricorso, scritta, era proponibile contro le sentenze e i decreti dei tribunali di prima istanza in cause in cui il valore determinato non superasse mille franchi e contro le sentenze dei tribunali distrettuali in cause di esecuzione e fallimento, anche eccedenti tale limite di valore, trattate con la procedura sommaria.

Una motivazione in fatto e in diritto non era indispensabile ma facoltativa.

Il termine per proporre il ricorso era identico a quello dell'appello in via di arringa, riservati i casi speciali previsti dalla LEF.

Entro il termine di cinque giorni il litisconsorte poteva aderire all'appello, mentre la controparte aveva 15 giorni di tempo per rispondere al gravame, appellare adesivamente o proporre eccezioni d'ordine.

Il tribunale d'appello giudicava a termini di ragione in base agli atti.

- D. Il quarto ed ultimo capo in cui è suddivisa la sezione dedicata all'appello, disciplina le appellazioni incidentali.

Il primo progetto prevedeva che le appellazioni incidentali si dovessero trattare in via di ricorso, a meno che il tribunale d'appello su istanza di parte richiedesse il dibattimento (77).

"Questa proposta, caldeggiata dal tribunale d'appello con speciale rapporto, e diretta ad abbreviare la procedura incidentale", non venne accolta dal governo (78).

Si stabilì pertanto che le sentenze incidentali ed i giudizi provvisori fossero appellabili secondo le norme stabilite per il merito.

(76) Ad esempio al fatto che il tribunale d'appello aveva finalmente una sede fissa.

(77) cfr. progetto art. 342 lit d) e 346

(78) cfr. messaggio XXV

Qualora, per disposizione di legge o del giudice, l'appello delle sentenze incidentali non avesse avuto effetto sospensivo (79), il gravame veniva trattato cumulativamente col merito o colla prima appellazione sospensiva. Negli intenti dell'estensore del progetto le appellazioni in via di ricorso contro le sentenze dei giudici di pace avrebbero dovuto cadere sotto il sindacato di una speciale camera dei ricorsi civili (80).

2.4.2. L'interpretazione

Le sentenze possono contenere errori materiali o di calcolo o altre erronee indicazioni che ne impediscono l'esecuzione. In questi casi, le parti, di reciproco accordo potevano chiederne la correzione senz'altra formalità.

In caso di disaccordo fra le parti o nel caso in cui la sentenza contenesse dispositivi ed oscuri, qualunque interessato poteva domandare al iudex a quo l'interpretazione del suo giudizio (81).

La domanda andava posta in via incidentale (82) entro le giorni dall'intimazione della sentenza.

Tanto il primo (83) quanto il secondo progetto (84) prevedevano a giusta ragione che la domanda d'interpretazione potesse esser proposta sintanto che la sentenza non fosse eseguita. La fissazione di un termine venne trovata illogica dalla commissione dei periti, "perchè le ambiguità ed oscurità in un giudizio si riscontrano solo al momento dell'esecuzione, che può avvenire molto tempo dopo la prolazione dello stesso" (85). Il messaggio governativo fu tuttavia di diverso avviso. Il termine venne fissato al fine di evitare che sentenze appellabili cresciute in giudicato potessero diventare oggetto di una domanda d'interpretazione.

Essa era inoltre proponibile soltanto nel caso in cui non fosse dato altro rimedio, cantonale o federale. Trattandosi di sentenze appellabili la domanda d'interpretazione

(79) art. 294 § 3 CPC 1899 (82) anche davanti al tribunale
 (80) cfr. Schemi art. 35 d'appello (art. 327 CPC 1899)
 (81) messaggio XXV (83) art. 350 CPC 1899
 (84) art 353 CPC 1899 (85) Verballi 73

doveva esser fatta attraverso appello.

La domanda d'interpretazione inoltre non era sospensiva dell'esecuzione del giudizio, salvo contraria disposizione del giudice.

In caso di accoglimento della domanda di interpretazione il giudice provvedeva a togliere l'ambiguità o l'oscurità che esisteva nel testo della sentenza, senza cambiarne la sostanza.

Il giudizio sulla domanda d'interpretazione non era suscettibile d'impugnazione.

Questo rimedio, di carattere sussidiario, benché non previsto dal vecchio codice, era "per la stessa forza delle cose più volte chiesto in via di volontaria giurisdizione" (86) nella pratica di quel tempo. Occorreva quindi disciplinarlo, circondandolo delle dovute garanzie (87).

2.4.3. La revisione

L'istituto della revisione era già noto al passato codice sotto la denominazione di querela di nullità (88). Il rimedio venne ripreso e perfezionato.

La domanda di revisione era proponibile al iudex a quo nei casi di giudizio ultra petita o contraddittorio nei suoi dispositivi.

A differenza del CPC del 1843, rimasto silente a questo proposito, il rimedio era ammissibile anche qualora la sentenza avesse aggiudicato meno di quanto era stato riconosciuto dalle parti.

Accanto ai titoli di revisione già noti alla querela di nullità, il nuovo codice prevedeva, quale quarto titolo di revisione, l'errore di fatto risultante dagli atti di causa. "Vi è questo errore" così disponeva l'art. 324 cfr. 4 cpv. 2 CPC "quando la decisione sia fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando siasi supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso, quando il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato".

(86) Messaggio XXVI

(87) cfr. Messaggio XXVI

(88) cfr. CPC 1843 art. 323 ss.

Gli effetti e la procedura del rimedio erano identici a quelli stabiliti per l'interpretazione.

Entrambi i rimedi andavano proposti al giudice che aveva pronunciato, poiché tanto l'uno quanto l'altro presuppongono che il giudice sia caduto in un involontario errore.

In caso di ammissione della domanda di revisione il giudice revocava in tutto o in parte la sentenza, e col medesimo giudizio pronunciava definitivamente sul merito della contestazione.

Come già per l'interpretazione, nel caso di sentenze appellabili, la domanda di revisione andava formulata attraverso il rimedio dell'appello all'istanza superiore cantonale o federale.

A differenza del passato codice, la revisione non era più concessa soltanto contro le sentenze d'appello ma contro tutte le sentenze dei giudici di tutti i gradi di giurisdizione.

2.4.4. La restituzione in intero

L'istituto della restituzione in intero venne profondamente rimaneggiato (89) anche se sostanzialmente venne lasciato qual'era nella legge precedente, sotto la sua triplice modalità (90).

A. La restituzione contro il lasso dei termini.

Questo rimedio venne precisato e ristrutturato sistematicamente.

Il codice precedente prevedeva quale unico titolo di restituzione la prova dell'assenza di colpa nella decorrenza del termine (91).

La nuova procedura, più dettagliata, ammetteva la restituzione quando la parte giustificasse, che per un fatto estraneo alla propria volontà o per altra causa grave aveva ignorato la decorrenza del termine o era stata impedita di agire in tempo utile.

(89) Bertoni Schemi pag. X

(90) Messaggio XXVI

(91) art. 329 CPC 1843

La domanda andava proposta nella forma incidente come eccezione alla domanda di preclusione. Analogamente al vecchio codice, sospendeva il corso della causa e in caso di accoglimento ripristinava la parte nel diritto di fare gli atti omessi.

B. La restituzione contro le conclusioni di causa.

L'estensore del progetto di riforma del CPC, già nella sua memoria del 1894, auspicava una maggiore libertà nello stabilire i limiti dell'istituto e proponeva di "accordare ad ognuna delle parti il diritto di restituirsì, per una volta, in intero contro le proprie conclusioni, per puro atto della sua volontà" (92), dietro rifusione delle spese inutilmente cagionate alla controparte (93).

Fine dell'istituto è di permettere a quella parte, che avesse omesso di produrre qualche prova o documento, od avesse ammesso o confessato qualche fatto erroneo, di restituirsì in intero. La necessità di questo rimedio è evidente in quelle procedure dove in appello è esclusa la possibilità di produrre nuove prove e di addurre fatti nuovi.

Il principio, riconosciuto anche dal codice di procedura civile ticinese, era reso difficilmente praticabile dal requisito della prova che l'omissione non era imputabile a negligenza.

La proposta di adottare un istituto analogo alla riforma della legge federale di procedura non venne accolta. La prova dell'assenza di negligenza per l'omissione o l'errore veniva sempre richiesta, riservato il caso di accettazione dell'istanza da parte dell'avversario.

Venne tuttavia soppresso il cosiddetto giuramento purgatorio, che il passato codice rimetteva al potere discrezionale del giudice in difetto di prova (94).

Anche questo rimedio andava proposto nella forma incidentale prima della sentenza e sospendeva il corso della causa.

(92) Bertoni memoria in RGP 1894 pag. 249

(93) Progetto I art. 359 (94) cfr. art. 330 CPC 1843

C. La restituzione in intero contro le sentenze

Il rimedio venne sostanzialmente mantenuto nei limiti preesistenti, sebbene perfezionato e parzialmente ampliato. La restituzione contro le sentenze aveva luogo non più soltanto in caso di giudizio su documento riconosciuto o dichiarato falso dopo la sentenza, ma anche in caso di testimonianze false, come pure qualora la parte soccombente ignorasse che le prove (documenti, testimonianze) erano state riconosciute o dichiarate false prima della sentenza. Al pari del vecchio codice, il secondo titolo di restituzione era dato dal recupero di un documento decisivo accompagnato dalla prova di assenza di colpa nel ritardo della produzione.

Il nuovo codice reintroduceva inoltre il titolo di restituzione del dolo di una parte in danno dell'altra, già previsto dal CPC del 1820 (95).

Il progetto prevedeva infine un quarto titolo di restituzione nel caso in cui la sentenza fosse contraria ad altra passata in giudicato tra le parti e sul medesimo oggetto, purché non si fosse pronunciata anche sull'eccezione di cosa giudicata (96). La proposta venne tuttavia abbandonata dietro suggerimento della commissione peritale (97).

A proposito del ritrovamento di nuovi testimoni, il messaggio governativo osservava quanto segue: (98) (99)

" Una grave discussione sorse a proposito di vedere, se non si dovesse accordare la restituzione anche per il caso di scoperta di nuovi testimoni, o di testimoni già indicati ma rimasti irreperibili. All'estensore era venuto in animo di proporre che quando un testimone già indicato non si potesse rintracciare, dovesse procedersi in causa come se non fosse stato prodotto, salvo la restituzione in intero. Ciò veniva però a complicare singolarmente la questione del termine a proporre la restituzione dopo scoperto il testimone. Come fornire la prova della data esatta del rintraccio? come impedire le simulazioni? bisognava, come del resto la commissione fece anche per gli altri titoli di restituzione, mantenere il sistema del termine fisso (di un anno) a far tempo dalla data della sentenza, anziché contare dal giorno della scoperta del titolo di restituzione, come proponeva l'estensore".

(95) cfr. art. 425 § 3 CPC 1820

(96) cfr. Progetto I art. 362 cfr. 4

(97) cfr. Verballi pag. 183 (98) Messaggio XXVI-XXVII

Il ritrovamento di nuove testimonianze venne pertanto escluso quale titolo di restituzione, stabilendo che qualora non fosse stato possibile rintracciare un testimoniaio venisse assegnato un termine per le pratiche di ricerca.

Come sopra accennato, la domanda di restituzione in intero contro le sentenze andava proposta entro il termine di un anno dalla loro intimazione al iudex a quo.

Il rimedio non aveva effetto sospensivo, salvo contraria disposizione del giudice.

Cumulativamente con la domanda di restituzione andavano proposte le domande di merito, sulle quali il giudice, in caso di accoglimento del rimedio, previa revoca dalla sentenza impugnata, statuiva direttamente.

2.4.5. L'azione civile contro i giudici

All'istituto, definito decorativo del messaggio governativo, non venne apportata alcuna riforma sostanziale, "ma fu mantenuto per sanzionare il concetto che il giudice risponde del dolo, non della colpa" (100).

La riforma dell'istituto lo rese più efficace e ne chiarì la funzione nel contesto del codice.

L'accoglimento dell'azione in caso di dolo poteva costituire una valida premessa per una successiva impugnazione della sentenza mediante il rimedio della restituzione contro le sentenze.

2.5. Il periodo tra il 1899 e il 1924

Nemmeno la riforma del CPC del 1899 valse ad eliminare completamente le difficoltà in cui si dibatteva l'amministrazione della giustizia nel cantone.

L'introduzione del codice civile svizzero suggerì l'occasione per operare una radicale ristrutturazione dell'apparato giudiziario.

Per la parte civile, l'innovazione più importante era data dall'abolizione dei tribunali di prima istanza, a carattere collegiale, che vennero sostituiti da un giudice unico (pretore). Di riflesso, anche la suddivisione delle competenze (100) Messaggio XXVII, dove per colpa è da intendersi negligenza

per ragioni di valore fra i differenti gradi di giurisdizione venne modificata.

La competenza dei giudici di pace rimase inappellabile ma venne portata a 50 franchi, mentre ai pretori venne attribuita una competenza inappellabile sino a 300 franchi.

Parallelamente venne introdotto nel CPC il rimedio della cassazione per le sentenze inappellabili dei giudici di pace e dei pretori, il cui "bisogno era universalmente sentito" (101). Il ricorso in cassazione contro le sentenze dei giudici di pace e quelle inappellabili dei pretori era proponibile quando la sentenza fosse stata pronunciata:

- " a) da un giudice incompetente
- b) da un giudice ricusato, la cui ricusa doveva essere ammessa, od in caso di contumacia, quando il giudice era tenuto a ricusarsi d'ufficio
- c) contro una persona civilmente incapace senza che fosse legalmente rappresentata
- d) inaudita parte, o ad una parte siano stati arbitrariamente rifiutati i necessari mezzi di prova; come pure:
- e) quando ricorresse uno dei titoli di revisione della sentenza
- f) quando la norma giuridica applicabile fosse stata manifestamente ed arbitrariamente violata
- g) quando in difetto di una disposizione di legge o di consuetudine, il giudice avesse erroneamente applicato la regola che egli avrebbe adottato come legislatura;
- h) quando l'azione fosse stata respinta a torto come manifesto abuso del diritto".

Il ricorso andava proposto nelle forme dell'appello in via di ricorso e non sospendeva l'esecuzione della sentenza, salvo diversa disposizione del presidente della camera di cassazione.

In determinati casi, l'accoglimento del ricorso dava luogo al rinvio all'istanza inferiore, mentre in altri la camera di cassazione decideva nel merito della controversia.

Con le innovazioni procedurali ed organizzatorie del 1910, vennero ritoccati (102), e meglio specificati (103) anche alcuni disposti relativi all'appellazione.

- (101) cfr. relazione principale della commissione legislativa in atti del GC 1910 pag. 216
- (102) Il valore di causa discriminante le due forme di appellazione venne portato da fr. 1'000.- a fr. 2'000.-
- (103) p.es. il disciplinamento dei casi di sostituzione dell'appellazione in via di arringa con una in via di ricorso.

Nel 1922 vennero ulteriormente modificati i limiti di valore delle varie competenze (104).

2.6. Il CPC del 1924

La riforma del 1924 riprese sostanzialmente il codice precedente, integrandolo con le modifiche sopravvenute (105). Il sistema dei rimedi contro le sentenze rimase essenzialmente invariato (106).

L'azione civile contro i giudici, non essendo un rimedio, venne eliminata dal capitolo ad essi riservato e posta in quello delle disposizioni diverse.

Dubbi sorsero anche a proposito della classificazione sistematica delle restituzioni in intero contro il lasso dei termini e contro le conclusioni di causa, considerate giustamente come incidenti dell'attitazione piuttosto che rimedi contro le sentenze (107).

2.7. Il CPC del 1972

Nel 1947 il consiglio di stato diede l'avvio ad una nuova e più radicale riforma della procedura civile, "allo scopo di sveltire le istituzioni e di metterle in consonanza con l'indirizzo moderno in materia processuale" (108).

I difetti dell'ordinamento in vigore venivano ravvisati nel formalismo eccessivo di alcune norme (a scapito della ricerca della verità materiale) nelle perdite di tempo, provocate da un procedimento incidentale inadeguato e nel dominio pressoché assoluto delle parti sulle comparse e sui termini.

Le principali innovazioni, proposte dal primo progetto del 1954, erano date dalla soppressione della procedura incidentale e dello stadio preliminare obbligatorio per le eccezioni d'ordine, dalla riforma del procedimento d'impugnazione dei decreti processuali, da un nuovo ordinamento dell'omissione di atti processuali e dal conferimento al giudice di un ruolo di partecipazione attiva al processo sin dalle prime fasi.

(104) Giudice di pace inappellabile fino a fr. 1'000.- e pretore inappellabile fino a fr. 500.-, cfr. DL di modificazione della LOG del 4 maggio 1922 (BO 48,149).

(105) cfr. messaggio accompagnante il testo unico (TU) del CPC del 16 maggio 1923 in atti del GC, sessione primavera 1924, 277

(106) relazione della sottocommissione, ibidem 291-292

(107) relazione della sottocommissione, ibidem 292

(108) cfr. Messaggio del consiglio di stato al gran consiglio del 5 gennaio 1954

Il sistema dei mezzi d'impugnazione venne adeguato alle nuove esigenze ma non subì riforme sostanziali.

Il secondo progetto del 1958 ricalcava le linee fondamentali del primo, seppur con qualche modificazione e ripensamento (109).

Il terzo ed ultimo progetto, elaborato da una speciale commissione, non si scostò dai precedenti ma ne riprese gli schemi e l'impostazione generale (110).

Il capitolo dedicato ai mezzi d'impugnazione, sottoposto ad attento esame, subì tuttavia nuove ed interessanti modificazioni.

Per ora conviene limitarsi ad elencare le principali innovazioni introdotte nei singoli rimedi, confrontando gli istituti odierni con quelli del passato codice e rinviando ad altra sede un esame più approfondito.

2.7.1. L'appello

Costituisce tuttora il rimedio principale ed ordinario. La distinzione dei giudizi in sentenze di merito, decreti ed ordinanze, operata dal nuovo codice in connessione con la soppressione della procedura incidentale, ha introdotto indubbie chiarificazioni e semplificazioni negli schemi sinora vigenti.

Le sentenze sono di regola appellabili, sempreché sia data la competenza per ragione di valore. Le ordinanze sono invece inappellabili, in quanto provvedimenti disciplinanti il procedimento senza ferire il merito della controversia. A determinate condizioni esse sono revocabili, fatto questo che giustifica la loro inappellabilità.

I decreti statuiscono su domande processuali. Non potendo esser modificati, la legge dispone che siano appellabili. L'impugnazione dei decreti non ha effetto sospensivo, salvo che la legge lo preveda o conceda al giudice la facoltà di ordinarlo.

(109) cfr. rapporto della commissione speciale per l'esame del messaggio 5.1.54 concernente il nuovo CPC del 9.6.1958.

(110) II. rapporto della commissione speciale

L'appello contro i decreti viene trattato con la prima appellazione sospensiva.

Il procedimento d'appello si svolge ora in forma scritta (111); la suddivisione in appellazione in via di arringa e in via di ricorso è scomparsa.

Pur mantenendo il divieto di addurre nuove prove in sede di appello, il nuovo codice allarga i poteri del giudice di seconda istanza in materia di prove accordandogli la facoltà di ordinare perizie, ispezioni e l'interrogatorio formale delle parti, come pure, a determinate condizioni, di riassumere testimoni già uditi.

Le eccezioni al principio della sospensività dell'appello, in ordine all'esecuzione del giudizio, mantenute anche dal nuovo codice, sono state rivedute a vantaggio di una maggior chiarezza e sistematicità.

2.7.2. Il ricorso per cassazione

Fra le norme relative a questo gravame è stata riformata in parte quella disciplinante i titoli di cassazione. Il titolo di cassazione della manifesta ed arbitraria violazione della norma giuridica applicabile è stato precisato parificando le violazioni di norme del diritto formale a quelle di norme del diritto materiale.

Quale nuovo titolo di cassazione è stato infine previsto il caso di errore manifesto nella valutazione delle prove.

Le altre innovazioni riguardano per lo più la procedura da seguire.

2.7.3. L'interpretazione

Il rimedio, disciplinato dal precedente codice unitamente alla revisione, è stato separato da quest'ultima.

L'ordinamento del rimedio è stato inoltre precisato e completato.

2.7.4. La revisione

I titoli di revisione sono rimasti gli stessi del vecchio codice, con l'aggiunta del motivo dato dall'ommissione di (111) La camera può tuttavia d'ufficio citare le parti per un dibattimento orale, se lo ritiene utile per la sua decisione (art. 324 CPC 1972).

giudizio su domande formulate.

Il rimedio è ora devolutivo contro qualsiasi sentenza dei giudici di pace o dei pretori. Infatti è ora proponibile nella forma del ricorso per cassazione anche contro le sentenze emanate in corso di procedura inappellabile.

2.7.5. La restituzione in intero contro le sentenze

Dal capitolo dedicato ai mezzi d'impugnazione delle sentenze sono state eliminate le restituzioni contro il lasso dei termini e le conclusioni di causa.

I titoli di restituzione in intero contro le sentenze sono stati meglio specificati: ai motivi di restituzione previsti del passato codice ne sono stati aggiunti dei nuovi.

I termini sono stati adeguati alle finalità dell'istituto. La loro decorrenza non ha più luogo dall'intimazione della sentenza ma più giustamente dalla scoperta del titolo di restituzione.

II Considerazioni generali sulla natura dei mezzi d'impugnazione (1)

La natura intrinseca dei mezzi d'impugnazione diventa comprensibile nei suoi singoli aspetti, soltanto partendo da un'analisi approfondita del procedimento che li precede e delle finalità da esso perseguite.

Il processo civile viene comunemente definito come un'istituto destinato a comporre un concreto conflitto di interessi fra i singoli membri della comunità giuridica, mediante decisione di un'autorità a loro preposta.

Dal processo emerge chiaramente la funzione specifica del diritto che è quella di disciplinare, attraverso un sistema di norme improntate a determinati principi etici, il comportamento dei singoli individui nell'ambito della collettività.

La società organizzata in stato, promuove attraverso la legislazione un determinato ordine, tanto nelle relazioni fra la collettività ed i singoli componenti, quanto nei rapporti fra gli stessi individui. Le istituzioni dello stato devono garantire l'attuazione pratica del diritto, imponendone il rispetto ed intervenendo con mezzi coercitivi in caso di necessità.

Nel campo del diritto privato (2), la composizione di interessi e quindi, di riflesso, l'attuazione del diritto, avviene di regola su base spontanea, attraverso il ricorso delle parti all'autonomia privata che è loro riconosciuta dallo stato. In quest'ottica, il processo civile appare come un'istituzione sussidiaria, alla quale le parti fanno capo quando non sono in grado di conciliare i rispettivi interessi mediante reciproco accordo: è quindi attraverso il processo che si manifesta in modo concreto il momento di coercibilità immanente al concetto di norma giuridica.

L'istituto del processo si presenta come un procedimento ordinato, retto da particolari norme, volto alla definizione da parte di un'autorità preposta alle parti in lite, dell'esistenza, del contenuto e dell'estensione dei loro rapporti giuridici, previo accertamento della situazione di fatto sottostante.

(1) Si rinvia alle opere di Gilles, *Die Rechtsmittel im Zivilprozess* e di Carnelutti, *Diritto e processo*, 227 s.

(2) ossia di quella parte del diritto intesa a disciplinare le relazioni fra i singoli.

L'attività giurisdizionale si risolve quindi nell'attuazione pratica del diritto, attraverso l'applicazione autoritaria di norme giuridiche, di carattere astratto e generale, al caso concreto e particolare. Il giudizio, dal profilo della stretta logica, non è che la conclusione di un sillogismo, risultante dal confronto di una premessa maggiore - data dalle norme giuridiche applicabili, con una minore - costituita dai fatti accertati.

Nella dottrina è stata sovente dibattuta la questione a sapere se, dal profilo teleologico, il processo debba essere inteso come istituto rivolto alla tutela del diritto soggettivo o all'attuazione del diritto oggettivo. La questione riveste un'importanza per lo più teorica, ma va ricordata per completezza.

Attualmente è opinione predominante che una concezione sintetica delle opposte teorie, meglio definisca gli scopi del processo.

Il processo non serve unicamente al perseguimento degli interessi privati dei contendenti, ma soddisfa contemporaneamente le esigenze dettate dagli interessi della collettività. L'accertamento autoritario e la successiva realizzazione pratica - eventualmente mediante coercizione - dei diritti soggettivi del singolo rientra infatti nell'interesse generale all'eliminazione della situazione di conflitto.

Nel processo civile, l'interesse pubblico assorbe in parte l'interesse privato; l'attuazione dei singoli diritti soggettivi nel processo, conduce di riflesso al ristabilimento dell'ordine sociale perturbato, all'affermazione del diritto materiale oggettivo ed al consolidamento della sicurezza del diritto.

La ricerca di una situazione di certezza giuridica, la composizione di un conflitto d'interessi e l'attrazione del diritto in genere non sono le uniche finalità del processo.

Nella descrizione dei fini del processo, non è possibile prescindere da considerazione di natura etica; un'analisi critica dell'istituto porta inevitabilmente a risalire al contenuto intrinseco delle norme giuridiche. Il processo, nelle sue finalità, non si limita al perseguimento di un ordine formale, avulso dalla realtà, ma tende alla realizzazione della giustizia sulla base della verità.

La componente etica che caratterizza il diritto, seppure indirettamente, emerge attraverso il processo: la decisione del giudice deve conformarsi anzitutto all'ideale di giustizia. Alcune riserve tuttavia s'impongono.

Il concetto di giustizia, che per certi aspetti ha valore assoluto, nei rapporti giuridici, pur restando il principio informatore, viene realizzato e temperato da considerazioni di ordine pratico. Quest'ultime, quali il principio di legalità o quello di sicurezza giuridica, anche se in determinate circostanze possono apparire in contraddizione con l'ideale di giustizia, se considerate in un contesto più generale, risultano destinate a renderlo praticabile.

Giudicare significa inoltre conoscere, ossia ricercare la verità, concetto immamente all'ideale di giustizia.

Il giudizio ha quindi un valore storico, in quanto accertamento dei fatti concreti e particolari, e un valore critico, in quanto valutazione della situazione di fatto accertata secondo le norme astratte e generali del diritto.

La legge in senso lato (3), è pertanto il paradigma che deve presiedere all'attività giurisdizionale; nella legge l'ideale di giustizia, anche se relativizzato, trova il suo riscontro oggettivo.

Non in tutti i casi tuttavia, il processo, inteso come realizzazione dell'ideale di giustizia, basato sulla ricerca della verità materiale e sul principio di legalità, consegue il suo fine.

Per motivi inerenti all'attività delle parti o del giudice o per altri fattori esterni, la decisione emanata può risultare erronea o viziata o più generalmente non conforme ai principi di giustizia, di verità e di legalità sopra enunciati.

La decisione viziata non può tuttavia essere considerata come inesistente e priva di effetti semplicemente perchè inficiata da errori.

L'ideale di giustizia, infatti, se da un lato postula la realizzazione del diritto in base alla verità materiale, da un altro punto di vista esige il rispetto di un minimo di ordine e di certezza giuridica.

(3) comprendente anche l'attività di legislatore sussidiario del giudice

All'interesse della parte pregiudicata dalla decisione errata a modificarla e a togliere il vizio, si oppongono l'interesse della controparte e l'interesse generale alla certezza della disciplina giuridica, che a loro volta tendono ad attribuire valore ed efficacia alla decisione nonostante il possibile vizio. La decisione deve comporre la lite definitivamente senza che alle parti venga concessa la possibilità di riaprirla e di rimettere nuovamente in discussione l'oggetto della vertenza.

L'istituto del giudizio persegue appunto il fine di definire autoritativamente i rapporti fra le parti, mirando ad escludere qualsiasi revoca in dubbio.

Cionondimeno, la possibilità che la sentenza sia affetta da anomalie tali da renderla inidonea al suo fine, non può essere negata aprioristicamente.

L'interesse generale all'immutabilità della decisione concede alla parte soccombente un margine entro il quale esprimere il proprio interesse al conseguimento di una decisione più favorevole.

L'esigenza di un controllo delle decisioni e dei provvedimenti giurisdizionali, a sua volta, non è unicamente sentita dalla parte soccombente, ma rientra nel quadro più ampio dell'interesse generale all'attuazione dell'ideale di giustizia.

L'ammissione di forme di controllo sull'attività processuale risulta dal temperamento fra le varie esigenze.

Il diritto positivo riconosce implicitamente la possibilità che vengano emanate decisioni erranee o viziate ed istituisce pertanto particolari rimedi processuali per riesaminarle e, a seconda dei casi, confermarle, modificarle o annullarle. Di regola, tuttavia, le istituzioni di controllo esplicano la loro attività specifica solo su istanza di parte: è necessaria una contestazione formale della decisione ritenuta erronea affinché l'autorità giurisdizionale la riesamini.

Per principio quindi, ogni decisione resa dal giudice, anche se affetta da gravi errori di procedura o di giudizio, deve poter essere considerata come valida ed efficace (4).

(4) In casi eccezionali il procedimento d'impugnazione è iniziato ex officio.

L'annullamento della decisione viziata è possibile solo mediante atto contrario di natura costitutiva, emanato alla fine di un procedimento d'impugnazione promosso dalla parte soccombente.

La dottrina non nega a priori la possibilità di decisioni assolutamente nulle, ma evidenzia il loro carattere del tutto eccezionale: per principio, la decisione viziata è soltanto annullabile e non nulla ipso iure.

L'inesattezza della decisione è una delle condizioni necessarie per il suo annullamento in via d'impugnazione: di conseguenza, è lecito affermare che, di per sè, l'esattezza della decisione può esser considerata il motivo preminente che ne legittima la fondamentale validità.

Dato che in genere il diritto processuale, pur riconoscendo la possibilità di errori nella decisione, la considera fondamentalmente valida e suscettibile di esplicare effetti giuridici, è necessario ammettere che il diritto positivo istituisca de facto una presunzione di esattezza materiale a favore di ogni decisione giudiziale, infirmabile solo facendo capo ad un mezzo d'impugnazione.

Nell'analizzare i mezzi d'impugnazione non ci si può di conseguenza esimere dall'affrontare la tematica relativa alla validità di decisioni erranee.

Le giustificazioni fornite dalla dottrina sono molteplici e variano a secondo di come si affronti il problema.

Secondo una parte della dottrina, l'autorità dello stato deve coprire anche le decisioni errate dei suoi giudici, al fine di salvaguardare l'ordine istituzionale: una simile motivazione assolutistica ed autoritaria non convince e finisce per ridurre l'amministrazione della giustizia a semplice manifestazione d'autorità fine a se stessa.

Per altri invece, la legittimazione della validità di principio di decisioni viziate va ricercata nell'esigenza di un'amministrazione ordinata della giustizia, in relazione al postulato di certezza e sicurezza della disciplina giuridica.

Solo un'autorità giudiziaria è in grado di accertare se una

sentenza sia viziata: se chiunque, ritenendo errata una decisione, potesse invocarne la sua nullità, ne deriverebbe una situazione di incertezza assoluta in ordine alla validità di qualsiasi sentenza e l'amministrazione della giustizia diverrebbe un'illusione.

Per altri ancora la presunzione di esattezza e di validità, che il diritto positivo istituisce a favore delle decisioni giudiziali, è giustificata dalle garanzie istituzionali previste dalla procedura e dall'organizzazione giudiziaria (5).

In base alle cautele istituzionali di cui è dotato il processo, la presunzione di esattezza si risolve e si identifica in una relativa presunzione di legalità a favore delle decisioni giudiziali rese.

Al pari della presunzione di esattezza, anche quella di legalità è reversibile.

Nonostante le garanzie istituzionali del processo, la possibilità di decisioni illegali non può esser trascurata; anche esaminando il problema in quest'ottica, riemerge la necessità di prevedere un adeguato sistema di rimedi processuali. La presunzione relativa di legalità delle decisioni rese permette inoltre di legittimare la validità e gli effetti di decisioni erronee in caso di mancata impugnazione. Essa è intimamente connessa al postulato di legalità al quale va commisurata ogni decisione.

Come precedentemente esposto, lo scopo del processo, genericamente identificato nella realizzazione della giustizia in base alla verità, è limitato e relativizzato dal principio di legalità. La decisione ingiusta non è impugnabile in quanto tale, ma solo nella misura in cui gli errori che la rendono viziata, la pongono simultaneamente in contraddizione col principio di legalità. Va tuttavia rilevato, che l'esistenza di un errore non è di per sé sufficiente per giustificare l'impugnazione del giudizio ed eventualmente il suo annullamento. E' necessario infatti che l'errore sia qualificato, ossia denoti determinate caratteristiche esse pure disciplinate dalla legge.

(5) giudici indipendenti, possibilità di ricusa, diritto di esser sentiti, principio di pubblicità ecc.

Il postulato di legalità, attraverso il quale l'ideale di giustizia si realizza nel processo, esige che gli errori infirmanti la presunzione relativa di legalità della sentenza, siano riconosciuti come rilevanti dal diritto positivo, oltre che causali per l'inesattezza del giudizio.

La reversibilità della presunzione relativa di legalità delle decisioni è a sua volta limitata da altre esigenze, esse pure miranti a favorire in misura ottimale il conseguimento degli scopi del processo. Prima fra tutte, l'esigenza di una decisione definitivamente efficiente, autoritaria ed insindacabile, postulato che si attualizza nel principio della forza di cosa giudicata. La relativa problematica è controversa e va inquadrata in un contesto più ampio di una semplice ricerca teorica attorno ai mezzi d'impugnazione. In questa sede, va unicamente fatto presente come, partendo dall'istituto di cosa giudicata, la dottrina abbia talvolta cercato di giustificare la necessità di mezzi d'impugnazione. Questi non avrebbero unicamente una funzione profilattica per prevenire decisioni errate; ad essi sarebbe attribuito il compito di corroborare di istanza in istanza la presunzione di esattezza della decisione, sino a che questa abbia raggiunto un grado tale da permettere di porre fine alla lite con decisione definitiva, anche se il processo non venisse a raggiungere il suo vero scopo, ossia la sentenza giusta. In questo caso patologico, l'esigenza di giustizia dovrebbe cedere il passo all'esigenza della collettività, postulante una situazione giuridica certa.

Questa concezione dei mezzi d'impugnazione, visti nell'ottica dell'istituto della forza di giudicato, dimentica che quest'ultimo esplica la funzione non soltanto nei confronti della decisione viziata, ma anzitutto nei confronti della sentenza giusta ed esatta.

Il processo di cognizione è concepito per condurre ad un risultato ottimale già in prima istanza: se soltanto una decisione filtrata da differenti istanze può offrire una garanzia di esattezza, il processo di prima istanza è squalificato a livello di tentativo. Per contro, nella maggior parte dei casi, la decisione diventa definitiva senza che il processo venga devoluto ad un'istanza superiore di controllo. Il procedimento

d'impugnazione è pertanto da intendere come un'appendice necessaria ma non assolutamente indispensabile al procedimento di prima istanza, la cui decisione è per principio suscettibile di crescere in giudicato.

III Caratteristiche comuni dei mezzi d'impugnazione

1. Principio d'impugnazione

La presunzione relativa di legalità, istituita dal diritto positivo, conferisce ai rimedi contro le decisioni il carattere di veri e propri mezzi d'impugnazione. Essa sancisce la preminenza del principio d'impugnazione rispetto all'ormai superato principio di nullità.

L'annullamento di una decisione attraverso la sua impugnazione avviene mediante atto costitutivo.

Il giudizio che accoglie il rimedio proposto ha valore costitutivo nei confronti della decisione impugnata: ne infirma la presunzione di esattezza e di legalità e le toglie di conseguenza qualsiasi legittimazione di continuare a sussistere.

Fermo restando il principio della fondamentale validità di ogni decisione giudiziale, l'invalidazione della sentenza illegale o erronea può aver luogo unicamente nelle forme prescritte dal diritto positivo, in un procedimento istituito esclusivamente a tal fine.

Per contro, in base al principio di nullità - di fondamentale importanza nel diritto processuale romano determinati vizi o titoli di nullità, la decisione era da considerare di per sé come nulla. Secondo il principio di nullità, in questi casi, la sentenza viziata era giuridicamente inesistente, sprovvista ex tunc di qualsiasi valore, incapace di esplicare i suoi effetti.

La sua validità era del tutto apparente e poteva essere contestata in ogni tempo, tanto in via principale, quanto in via di eccezione incidentale.

Anche se la ricorrenza degli estremi di nullità doveva essere accertata in un apposito procedimento, il giudizio conclusivo era tuttavia di mero accertamento e di natura prettamente declaratoria, limitandosi a sanzionare l'inesistenza formale, oltre che sostanziale, della decisione avversata.

I casi di nullità assoluta di un giudizio sono estremamente rari. Di regola, anche i giudizi manifestamente viziati

da errore sono soltanto annullabili mediante impugnazione. La mancata impugnazione è in grado di sanare anche questi giudizi.

2. Effetto devolutivo (1)

L'istituzione di forme di controllo delle decisioni determina necessariamente l'istituzione di un'organizzazione gerarchica di autorità giurisdizionali, che esplicano la loro attività secondo un determinato sistema di gradi di giurisdizione, contraddistinto da differenti competenze funzionali.

Appare infatti logico demandare la funzione di sindacato sulle decisioni ad un'autorità giurisdizionale gerarchicamente superiore a quella che ha giudicato. Questa cautela si impone al fine di garantire l'imparzialità del giudice e di escludere qualsiasi idea od atteggiamento preconcepito.

L'oggetto del procedimento d'impugnazione è dato in primo luogo dalla questione relativa alla legalità della decisione contestata. Esso va distinto dall'oggetto del procedimento che ha condotto all'emanazione del giudizio avverso. Il procedimento d'impugnazione riguarda anzitutto la sentenza impugnata ed il procedimento che l'ha determinata. L'oggetto della lite e la questione di merito interessano il procedimento d'impugnazione soltanto di riflesso.

La devoluzione del procedimento d'impugnazione ad un'istanza superiore non è tuttavia necessaria in ogni caso, ma può essere limitata a determinati casi a seconda del tipo di difetto denunciato.

E' possibile prescindere dalla devoluzione della lite ad un'istanza superiore quando vengano fatte valere nuove circostanze atte a modificare la situazione di fatto accertata dal giudice di prime cure o quando vengano denunciati mediante impugnazione errori involontari e manifesti.

In questi casi è possibile affidare la cognizione dell'impugnativa al giudice di prime cure. Infatti, nella prima

(1) Guldener, 484 ; Wetzell, 742 ss.

eventualità, il giudice di primo grado non si è ancora pronunciato sui fatti nuovi adottati mediante impugnazione, mentre nella seconda ipotesi ci si può ragionevolmente attendere che egli proceda senz'indugio all'eliminazione del difetto denunciato.

I mezzi d'impugnazione vengono pertanto suddivisi in rimedi devolutivi e in rimedi non devolutivi.

I limiti oggettivi dell'effetto devolutivo variano a seconda della natura del mezzo d'impugnazione.

3. Natura cassatoria o riformatoria dei mezzi d'impugnazione

Determinati mezzi d'impugnazione limitano la competenza funzionale dell'istanza superiore al giudizio sulla fondatezza dell'impugnativa proposta, escludendo per contro la facoltà di correggere la decisione avversata.

In questi casi, se sono dati gli estremi per accogliere il mezzo d'impugnazione, l'istanza superiore procede unicamente all'annullamento della decisione del giudice di prime cure, rinviadogli la controversia ai fini di una nuova decisione (2).

Quando la competenza funzionale dell'istanza superiore è limitata al giudizio di annullamento (3), il rimedio è di natura cassatoria.

Il diritto processuale positivo può conferire carattere cassatorio al mezzo d'impugnazione, tanto in modo imperativo quanto in modo facoltativo, rimettendo la scelta fra giudizio di rinvio e nuovo giudizio ad un potere discrezionale più o meno esteso del giudice superiore.

Quando la natura cassatoria del rimedio è prescritta in modo imperativo dalla legge, l'effetto devolutivo può essere considerato incompleto, rimanendo presso il giudice inferiore la competenza funzionale di decidere il merito della lite (4).

(2) Il giudice inferiore è vincolato alle considerazioni espresse nel giudizio di rinvio, contrariamente all'istanza superiore che in caso d'impugnazione del nuovo giudizio può decidere diversamente (Guldener 487).

(3) Iudicium rescindens.

(4) Gilles 180 N 71

L'effetto devolutivo è invece completo quando l'istanza superiore ha la competenza funzionale di decidere non soltanto sulla fondatezza dell'impugnazione ma anche nel merito stesso della lite.

In questi casi, il mezzo d'impugnazione non ha soltanto funzione cassatoria ma provoca un giudizio riformatorio della decisione impugnata. Oltre al giudizio di annullamento, all'autorità giurisdizionale superiore è demandata la competenza di decidere nel merito stesso della controversia, emettendo un nuovo giudizio sostitutivo di quello impugnato (5).

In questi casi l'effetto devolutivo del mezzo d'impugnazione è completo: tutto il processo è portato davanti all'istanza superiore ai fini di un riesame e di un nuovo giudizio (6).

4. Mezzi d'impugnazione completi e incompleti

4.1. Limiti del controllo

Il vizio che ha determinato la parte soccombente ad impugnare la decisione a lei sfavorevole può risiedere tanto in un errore di giudizio (8), quanto in un difetto insito nel procedimento che ha portato al giudizio (9).

Tali errori possono essere la conseguenza dell'applicazione inesatta delle norme di diritto (10) o dell'accertamento erroneo dei fatti (11).

Si è in presenza di un error in facto quando fatti giuridicamente rilevanti non sono stati presi in considerazione per il giudizio o sono stati a torto ritenuti come inesistenti, oppure quando affermazioni di fatto contestate e

(5) Iudicium rescissorium, Gilles , 33

(6) Da notare che talvolta, anche nel caso di rimedi ad effetto devolutivo completo l'istanza superiore può esser tenuta a rinviare il processo al giudice di prime cure in ossequio al principio del doppio grado di giurisdizione (ad es. qualora il giudice inferiore abbia ommesso di pronunciarsi su determinate domande).

(7) Guldener 484.

(8) Error in iudicando, error quoad rem

(9) Error in procedendo

(10) Error in iure

(11) Error in facto

e non provate sono state accolte come valide e fondate (12). Il giudice può aver misconosciuto il significato ed il valore della norma di diritto applicato (13) o può aver ritenuto a torto inapplicabile la norma pertinente ai fatti determinanti per il giudizio.

La fattispecie accertata può inoltre divergere dalla realtà materiale in seguito ad errori o imprecisioni delle parti nell'addurre i fatti e nel fornirne le prove, come pure in seguito ad errori del giudice nel valutare le prove e ritenere i fatti giuridicamente rilevanti.

La discrepanza fra fattispecie accertata in giudizio e realtà materiale può infine essere la conseguenza di eventi verificatisi durante lo svolgimento del processo. L'adduzione, rispettivamente la prova di questi fatti nuovi può esser stata impedita dalla suddivisione del processo in stadi preclusivi, dominati dal principio dell'eventualità.

Simili carenze del procedimento di cognizione sono indizi che inducono a ritenere erronea o incongruente la decisione emanata. Questa può effettivamente risultare viziata. Non necessariamente, tuttavia, la presenza di un error in iudicando o in procedendo comporta l'erroneità del giudizio. Affinché la decisione impugnata venga ritenuta erronea e quindi riformata, il vizio deve esser riconosciuto come rilevante e causale per l'errore della decisione dal giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione (14). La molteplicità dei possibili errori ha indotto il legislatore, nell'opera di contemperamento dei vari interessi che si intrecciano attorno ai mezzi d'impugnazione, a disciplinare il potere di cognizione del giudice di secondo grado, limitandolo in modo differenziato a seconda del tipo di rimedio proposto. Alcuni mezzi d'impugnazione permettono infatti di contestare tanto gli errori di diritto, nel giudizio e nella procedura, quanto gli errori commessi nell'accertamento dei fatti.

(12) In quest'ambito va tenuto presente il ruolo determinante esplicato dal sistema probatorio (sistema della prova legale in contrapposizione al sistema che conferisce al giudice un potere di linero apprezzamento). Müller, 11

(13) Errore d'interpretazione

(14) Il vizio procedurale ad esempio può diventare irrilevante per la passività della parte pregiudicata che omette di contestarlo nonostante la possibilità di aggravarsene. Guldener 490 N 52, CPC 143 cpv 2

Altri rimedi sono invece limitati dal diritto processuale positivo alla censura di determinati tipi di errore.

Il potere di cognizione del giudice di grado superiore, nella sua funzione di controllo della decisione impugnata, è di conseguenza determinato da limiti più o meno estesi a seconda del genere di rimedio.

I mezzi d'impugnazione vengono pertanto suddivisi in rimedi completi (15) e rimedi incompleti.

4.2. Rimedi completi e nova

Nell'ambito dei mezzi d'impugnazione completi è necessario operare un'ulteriore distinzione (16).

In genere, questo tipo di rimedi abilita il giudice superiore ad esercitare un controllo della decisione impugnata in tutte le direzioni, sulla base delle risultanze processuali raccolte in prima istanza ad esclusione di qualsiasi ampliamento del materiale processuale. In questo caso non è possibile tener conto di un eventuale sviluppo della situazione di fatto subentrato nelle more di causa o rimediare ad omissioni delle parti nell'adduzione dei fatti e delle relative prove.

L'opera del giudice superiore è limitata ad una pura azione di sindacato della decisione impugnata. Determinante è la situazione di fatto e di diritto emersa e accertata nel corso del procedimento di prima istanza.

- (15) Nel procedimento d'impugnazione a dipendenza di rimedi completi possono esser fatti valere tanto errori della decisione di merito, quanto vizi dalle decisioni d'ordine che l'hanno preceduta. La decisione finale di merito può infatti essere viziata se le decisioni processuali che l'hanno preceduta sono affette da errori (Guldener 490). Le decisioni processuali possono essere impugnabili autonomamente: in tal caso l'omissione dell'impugnazione equivale a rinuncia. L'impossibilità d'impugnare decisioni processuali, durante il processo di prima istanza, per mancanza di rimedi adatti, non comporta l'insindacabilità del difetto in sede d'impugnazione del merito. Da osservare infine che in taluni casi il diritto processuale positivo istituisce rimedi autonomi contro le decisioni processuali ma ne differisce l'esame all'impugnazione del giudizio di merito o alla prima impugnazione sospensiva.
- (16) Nel caso di rimedi incompleti questa distinzione perde della sua importanza. In genere i rimedi incompleti escludono a priori il *beneficium novarum* (p.es. il ricorso per cassazione) oppure lo limitano a determinati nova (p.es. la revisione o la restituzione in intero).

Alle parti è vietato addurre nuovi fatti, contestare fatti ammessi davanti al primo giudice (17), sollevare nuove eccezioni o offrire nuove prove (18).

L'interesse ad una decisione conforme alla realtà materiale può tuttavia giustificare la continuazione del processo in seconda istanza, non soltanto sotto forma di un controllo in fatto e in diritto della decisione impugnata, ma nel senso di uno sviluppo ed ampliamento della situazione processuale determinatasi in prima istanza. Alcuni sistemi processuali ammettono pertanto l'introduzione di nova in seconda istanza attraverso determinati mezzi d'impugnazione (19). La latitudine di questa concessione può variare da una libertà pressoché totale di addurre tanto nuovi fatti (20) quanto nuove prove, ad una libertà limitata all'adduzione di quest'ultime soltanto.

Nuove domande in sede d'impugnazione sono escluse nella misura in cui esse mutino l'oggetto dell'azione: in genere, anche i sistemi processuali che ammettono la continuazione del processo in seconda istanza attraverso l'adduzione di nova non giungono al punto di permettere di sovvertire liberamente l'oggetto dell'azione (21) (22).

Nel caso di rimedi devolutivi, l'ammissione di nuovi fatti può suscitare perplessità nella misura in cui ciò equivalga ad una deroga al principio del doppio grado di giurisdizione.

(17) Sia esplicitamente, sia tacitamente per mancata contestazione.

(18) A meno che si tratti di fatti o di prove da esaminare e da assumere d'ufficio, cfr. pag. 91

(19) Beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi

(20) Rispettivamente nuove contestazioni

(21) La modifica dell'azione è consentita solo nei limiti stabiliti dalla legge: ciò nondimeno, alcuni sistemi processuali ammettono una facoltà assai lata di mutare l'azione anche in sede d'appello (CPC bernese art. 94, CPC federale art. 26).

(22) Se è ammessa l'adduzione di fatti nuovi verificatisi dopo il momento determinante per la situazione di fatto sulla quale si fonda la decisione, dovrebbero essere ammesse anche nuove domande al fine di tener debitamente conto dei fatti nuovi.

E'infatti inevitabile che l'istanza superiore esamini i fatti nuovi ai fini della decisione sulla fondatezza del rimedio stesso: è tuttavia auspicabile che nei casi in cui ne ammette la fondatezza, annullando la decisione impugnata, rinvi il processo all'istanza inferiore per una nuova decisione. In altri termini, i mezzi d'impugnazione devolutivi che ammettono il *ius novorum* dovrebbero essere necessariamente di natura cassatoria, in ossequio al principio del doppio grado di giurisdizione (23).

Va infine rilevato che il diritto materiale può in taluni casi imporre al diritto processuale l'ammissione di nova anche qualora quest'ultimo, *de lege lata*, ne escluda la possibilità in linea di principio: ciò si verifica in modo particolare nelle azioni di stato, rette dal principio dell'officialità (24).

5. Mezzi d'impugnazione ordinari e straordinari

La forza di giudicato formale di una decisione si manifesta nella sua relativa immutabilità.

Il giudizio cresciuto in giudicato di regola non può venire modificato mediante *contrarius actus* (25).

Non si tratta di un effetto della decisione, ma di una qualità dell'atto giurisdizionale, dalla quale dipende il subentrare di determinati effetti (26).

La forza di giudicato formale e la conseguente irrevocabilità di una decisione vanno distinte dal divieto generale rivolto al giudice di revocare le proprie decisioni (27). Questo divieto risulta dall'ordinamento processuale stesso, che ammette la revoca o l'annullamento di una decisione unicamente attraverso una procedura speciale di impugnazione.

(23) Indipendentemente da ciò, l'accertamento dei fatti nuovi viene di regola demandato al giudice di primo grado

(24) Guldener 565

(25) Guldener 362 Blomeyer 438

(26) Nikisch 398, Jauering, fehlerhaftes Zivilurteil

(27) *Lata sententia, iudex desinit iudex esse*. Il principio non vale per determinate decisioni meramente ordinatorie del procedimento. Queste decisioni, non impugnabili, né direttamente né indirettamente, non sono suscettibili di crescere in forza di giudicato formale e possono pertanto venir modificate dal giudice che le ha emanate.

La forza di giudicato formale costituisce inoltre una premessa, necessaria nella maggior parte dei casi, per l'esecuzione del giudizio. Solo eccezionalmente la legge ammette l'esecuzione provvisoria di una decisione prima che essa consegua l'autorità formale di cosa giudicata (28), (29).

La forza di giudicato formale può subentrare al momento stesso dell'emanazione della decisione oppure dopo un determinato lasso di tempo.

Ma anche se è trascorso infruttuosamente il termine per impugnare ed è subentrata la forza di giudicato formale, la decisione non diventa assolutamente immutabile.

Ricorrendo circostanze eccezionali, l'interesse ad una decisione giusta e conforme al principio di verità può continuare a prevalere sull'interesse che giustifica l'istituto della res iudicata. In questi casi particolari e rigorosamente delimitati, il diritto positivo prevede la possibilità di eliminare la sentenza erronea attraverso speciali rimedi (30).

In base al criterio di distinzione della forza di giudicato formale, i mezzi d'impugnazione vengono suddivisi in mezzi ordinari e mezzi straordinari (31).

I rimedi ordinari sono rivolti contro decisioni che non sono ancora cresciute in giudicato, mentre quelli straordinari hanno per oggetto decisioni munite della forza di giudicato formale.

Di conseguenza, la stessa decisione, in linea di massima può essere oggetto tanto di mezzi d'impugnazione ordinari, quanto di rimedi straordinari, a seconda che venga impugnata prima o dopo la scadenza del termine d'impugnazione ordinario.

(28) Guldener 486

(29) La forza di giudicato materiale rende invece la decisione vincolante per le parti ed eventuali altri interessati. Essa procede parallelamente alla forza di giudicato formale, anche se il fine perseguito e gli effetti esplicati sono diversi.

(30) Nonostante il detto *res iudicata pro veritate habetur*

(31) Guldener 485, STF 51 III 193, 63 II 328

Questa distinzione è criticata da taluni autori (Müller 5; Hagenbüchle 7) che adottano il principio della *revisio in iure et in facto* quale criterio discriminante. I rimedi ordinari permettono una continuazione del processo mentre i rimedi straordinari ne aprono uno nuovo.

6. Effetto sospensivo

Come esposto poc'anzi, la crescita in giudicato formale è una condizione essenziale per l'esecuzione della decisione. In caso d'impugnazione, l'esecuzione della decisione può apparire in molti casi inopportuna e perlomeno intempestiva. Il diritto prevede pertanto la possibilità che l'impugnazione espliciti effetti sospensivi dell'esecuzione.

L'effetto sospensivo assume forme diverse a seconda del tipo di rimedio proposto, mentre le conseguenze dell'effetto sospensivo variano a seconda del genere di decisione impugnata.

L'esigenza di sospendere l'esecutività del giudizio si manifesta con maggiore intensità nel caso d'impugnazione di decisioni non ancora cresciute in giudicato.

Di regola quindi, i rimedi ordinari esplicano effetto sospensivo, mentre quelli straordinari non inibiscono l'esecutività del giudizio impugnato.

L'effetto sospensivo può essere disciplinato dal diritto positivo in modo alquanto differenziato.

La legge può prescrivere o escludere l'effetto sospensivo in modo imperativo, oppure lasciare al giudice la facoltà di concederlo o di negarlo.

Lo spettro delle possibili combinazioni è relativamente vasto (32).

In caso di impugnazione parziale di singoli dispositivi di un unico giudizio, l'effetto sospensivo può essere limitato ai singoli dispositivi impugnati o estendersi anche ai dispositivi non censurati. Spetta al diritto processuale positivo regolare i limiti dell'effetto sospensivo, rispettivamente della crescita in giudicato formale, nel caso di impugnazione parziale del giudizio.

(32) Alcune legislazioni processuali, fra le quali quella ticinese, prevedono la possibilità di attribuire ad una decisione carattere di provvisoria esecutività. Dal profilo teorico e pratico questa soluzione legislativa è problematica. La questione verrà trattata più ampiamente nel capitolo dedicato all'appello.

Cfr. Guldener 486 N 39 e 617

7. Proponibilità e fondatezza del mezzo d'impugnazione

Gli estremi del procedimento d'impugnazione sono dati dalla domanda processuale tendente ad ottenere l'annullamento del giudizio impugnato mediante un *contrarius actus* di natura costitutiva.

Prima di decidere sulla fondatezza del rimedio proposto, il giudice adito è chiamato a statuire sulla sua ammissibilità. Nel caso in cui il mezzo d'impugnazione scelto si riveli improponibile, il giudice è tenuto a respingerlo in ordine. Soltanto in caso di decisione positiva circa la proponibilità del rimedio, il giudice può entrare nel merito della controversia ed esaminare la fondatezza delle censure rivolte alla decisione impugnata.

Il procedimento d'impugnazione, al pari di qualsiasi altro atto processuale, può aver luogo soltanto in presenza dei presupposti processuali specifici stabiliti dal diritto positivo. In quest'ottica, le impugnazioni possono essere assimilate ad azioni processuali di natura costitutiva, il cui oggetto litigioso è dato dalla sentenza impugnata (33).

Oltre ai presupposti processuali generici richiesti dal procedimento davanti al giudice di prime cure, nel procedimento d'impugnazione devono essere dati ulteriori e specifici presupposti, la cui ricorrenza va esaminata d'ufficio (34).

Il rimedio proposto deve anzitutto essere previsto dal diritto processuale positivo. Il giudice dell'impugnazione deve inoltre disporre della competenza territoriale, materiale e funzionale. Nei processi di natura patrimoniale, di regola, il valore litigioso deve raggiungere un minimo legale. Le parti non possono derogare ai disposti di legge ed accordarsi per rendere impugnabili giudizi statuenti su cause di valore inferiore.

(33) *Cosidette Gestaltungsklagen*, cfr. Gilles pag. 49

(34) Le parti possono eccepirne l'inesistenza anche nel caso in cui il diritto processuale vietasse loro qualsiasi *ius novorum*. D'altro canto il giudice dell'impugnazione può tenerne conto anche in assenza di una precisa eccezione di parte. I presupposti processuali sono in genere considerati di ordine pubblico. Le parti non possono derogarsi mediante accordo.

La proponibilità del rimedio può inoltre dipendere dalla forma del giudizio impugnato. Quest'ultima è a sua volta determinata dalla sua qualità sostanziale, ossia dal genere di rapporti che definisce. Di regola, il diritto processuale positivo distingue per mezzo della forma fra decisioni di merito (35) e decisioni processuali (36).

Quest'ultime, vengono ulteriormente suddivise in decisioni meramente ordinatorie del procedimento (37) e in decisioni processuali di natura materiale (38), che al pari delle decisioni di merito chiudono il procedimento (39) ma, pur riflettendosi sul merito, non lo definiscono (40).

Nel caso di denominazione erronea della decisione, secondo la dottrina, deve far stato il significato sostanziale del giudizio e non la sua erronea veste formale ai fini di statuire sulla proponibilità dell'impugnazione (41).

Il rimedio è inoltre proponibile soltanto se l'impugnante è legittimato ad aggravarsi del giudizio.

La legittimazione ad impugnare, a differenza della legittimazione ad agire in giudizio, è determinata dal criterio formale della posizione processuale occupata dall'impugnante nel procedimento di prima istanza (42).

Le parti principali sono evidentemente legittimate in prima

(35) Sachurteile im materiellen Sinne, Guldener 242 ss.

(36) Prozessurteile, Guldener ibidem

(37) Prozessleitende Entscheide

(38) Prozessurteile im materiellen Sinne

(39) Picard 135/136

(40) Il diritto processuale ticinese ad esempio conosce tre tipi di decisione: la sentenza, il decreto e l'ordinanza. La prima forma di giudizio è riservata alle decisioni di merito, mentre nelle altre due forme vengono emanate le decisioni di rito.

(41) Pertanto si dovrà ammettere in ordine l'appellazione proposta contro un decreto emanato nella veste dell'ordinanza, sempreché siano dati gli altri presupposti specifici del procedimento d'impugnazione.

Nel caso contrario invece, l'impugnativa non potrà essere senz'altro respinta con una semplice decisione di rito. Non si può infatti impedire alle parti di fondarsi sulla denominazione data dal giudice di prime cure alla propria decisione. Dovrà tuttavia venir riconosciuta al giudice di grado superiore la facoltà di annullare d'ufficio la decisione rinviando la questione al iudex a quo con l'invito ad emanare una decisione formalmente ineccepibile.

linea ad impugnare il giudizio. Lo stesso dicasi per i loro successori in diritto singolari o universali (43).

Problemi particolari insorgono allorché l'oggetto del processo è di pertinenza di una pluralità di persone.

I requisiti per l'impugnazione saranno differenti a seconda della configurazione giuridica di tale pluralità di persone (44).

In caso di litisconsorzio necessario il giudizio dev'essere unico ed unitario nei confronti di tutti i litisconsorti (45): si giustifica pertanto l'obbligo di un'impugnazione comune, oppure l'attribuzione di effetti validi per tutta la comunione all'impugnazione del singolo membro (46).

Per contro, in caso di litisconsorzio semplice, ogni litisconsorte può impugnare i giudizi che lo concernono indipendentemente dagli altri, nella misura in cui sono in giuoco i propri diritti.

La facoltà di impugnare va inoltre riconosciuta all'interveniente a titolo accessorio o principale ed al denunciato in lite, nella misura in cui la forza di giudicato della decisione li concerne (47).

Il diritto processuale positivo o il diritto materiale possono inoltre conferire a terzi di per sè estranei alla lite la facoltà d'impugnare determinati giudizi (48).

Un ulteriore requisito per la proponibilità dell'impugnativa va ravvisato nel gravame (49).

(43) La posizione del successore singolare e del suo predecessore, in ordine alla facoltà di impugnare, va attentamente esaminata tenendo conto del momento dell'alienazione dell'oggetto litigioso, della portata della forza di giudicato materiale e dell'estensione di un eventuale divieto di modificare l'azione o di addurre nova in seconda istanza.

(44) Litisconsorzio attivo e passivo

(45) Litisconsorzio necessario o facoltativo

(46) Il diritto soggettivo può infatti esser esercitato solo congiuntamente.

(47) Da ciò va distinta la questione relativa all'ammissibilità dell'intervento e della denuncia di lite in sede d'impugnazione.

(48) Per es. ad un'autorità particolare (procuratore pubblico in cause di stato).

(49) Gravamen, Beschwer: termine usato talvolta impropriamente per indicare il rimedio stesso

Occorre che il giudizio aggravi la parte che lo impugna (50).

In linea di massima è aggravata la parte che vede accolte le domande formulate dalla controparte in sede di conclusione e respinte le proprie (51). La soccombenza determina il limite del gravame.

Il problema non è che un aspetto particolare del più generale interesse ad agire. Pur presentando notevoli analogie con quest'ultimo, l'interesse in giuoco è tuttavia diverso, in quanto rivolto all'eliminazione di un giudizio.

La questione circa il pregiudizio arrecato dalla decisione a chi la impugna va risolta tenendo conto di tutte le circostanze e non soltanto dello stretto dispositivo.

In genere acquista forza di giudicato soltanto il dispositivo della decisione e non i motivi che lo precedono e lo determinano.

Talvolta è tuttavia necessario interpretare e integrare il dispositivo facendo capo ai motivi che l'hanno determinato e ponendo a confronto le domande formulate con il dispositivo (52) (53).

Il problema si pone soprattutto quando nel dispositivo è fatto esplicito riferimento alle considerazioni che lo precedono.

Un ultimo requisito processuale per la proponibilità del gravame è dato dalla tempestività.

Affinché il rimedio sia ammesso in ordine, deve essere proposto entro precisi termini perentori stabiliti dalla legge, ossia deve essere tempestivo.

(50) Ossia che le arrechi uno svantaggio

(51) cfr. Ohndorf, *Beschwer und Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozessrecht*.

(52) Il problema si pone soprattutto quando nel dispositivo è fatto esplicito riferimento alle considerazioni che lo precedono.

(53) In casi particolari e soprattutto in relazione a rimedi che permettono la continuazione del processo in seconda istanza con l'introduzione di nova, occorre ammettere un'interesse all'impugnazione anche per la parte le cui richieste sono state accolte integralmente dal giudice di prime cure.

Al pari degli altri presupposti processuali del procedimento d'impugnazione, il requisito della tempestività va esaminato d'ufficio, in quanto di ordine pubblico. Né alle parti, né al giudice è dato di modificare i termini stabiliti dalla legge per l'impugnazione.

Talvolta, nel caso di rimedi particolari quali la revisione o la restituzione in intero, la prova della tempestività (54) può presentare difficoltà non indifferenti.

8. Procedura d'impugnazione

La procedura d'impugnazione ricalca in genere quella di prima istanza con le modifiche imposte dalla natura del rimedio. Anche nella procedura d'impugnazione è possibile distinguere una fase introduttiva, una fase di cognizione ed una fase conclusiva.

Alcuni principi, quali il principio dell'oralità e dell'immediatezza sono applicati in misura minore che non in prima istanza.

La procedura è aperta mediante dichiarazione verbale o scritta indirizzata al giudice che ha pronunciato la decisione avversata o direttamente al giudice di secondo grado.

Da questo atto di parte deve emergere la volontà di chiedere l'annullamento, rispettivamente la modifica, di una decisione giudiziale ritenuta sfavorevole.

La domanda deve essere determinata e di regola motivata. L'impugnante deve indicare specificamente i dispositivi che intende impugnare e formulare in modo esplicito il risultato che si prefigge di conseguire.

Le singole modalità e formalità dell'impugnazione sono fissate dal diritto processuale positivo e variano sensibilmente da una legislazione all'altra.

Per i rimedi straordinari, in genere caratterizzati da un limitato potere di cognizione del giudice di secondo grado, viene per lo più richiesta l'indicazione specifica del titolo d'impugnazione invocato. L'indagine del giudice dell'impugnazione si limiterà pertanto all'esame della fondatezza del

(54) Che incombe all'impugnante

titolo d'impugnazione invocato senza estendersi ad altri titoli (55). L'impugnante deve inoltre indicare specificatamente le parti del dispositivo che intende dedurre in seconda istanza (56) e formulare precise domande in ordine alla modificazione desiderata del giudizio impugnato.

Il giudice del rimedio è in linea di massima vincolato alle domande d'impugnazione nell'ambito della massima "*ne eat iudex ultra petita partium*".

Parallelamente e di riflesso, il giudice dell'impugnazione non può riformare la decisione in danno dell'impugnante, se la controparte non ne ha fatto esplicita e formale richiesta attraverso una sua impugnazione in via principale o adesiva. Il divieto della *reformatio in peius* non è tuttavia assoluto ma è limitato, oltre che dalla possibilità di un'impugnazione della controparte, anche dal principio dell'ufficialità.

Quest'ultimo non regge soltanto le liti il cui oggetto è sottratto alla libera disposizione delle parti, ma, unitamente al principio inquisitorio, esplica una funzione rilevante nell'ambito dei presupposti processuali e nel campo delle attribuzioni riservate al giudice in ordine alla direzione del procedimento.

Mancando i presupposti processuali, il giudice del rimedio potrà respingere in ordine l'azione ammessa dal giudice di prime cure, annullando la decisione impugnata, anche se questo provvedimento risulta più sfavorevole all'impugnante.

Nel caso in cui norme essenziali del procedimento siano state violate in modo tale da precludere o compromettere la cognizione ed il giudizio da parte dell'istanza superiore, questa potrà d'ufficio annullare la decisione impugnata (57) e rinviare la causa all'istanza inferiore ai fini della ripetizione del procedimento e di un nuovo giudizio.

- (55) Questa limitazione deve essere tuttavia ragionevolmente intesa alla luce del principio *iura novit curia*. Il requisito formale della specificazione del titolo d'impugnazione invocato non dovrebbe giungere al punto di nuocere all'impugnante nel caso di una sua inesatta sussunzione del fatto al diritto e di una conseguente errata indicazione del titolo d'impugnazione.
- (56) Nel caso di rimedi ordinari, la mancata impugnazione di parti del dispositivo comporta di regola la loro crescita in giudicato.
- (57) Anche se l'impugnante aveva chiesto unicamente la riforma del giudizio.

Tanto nei casi suesposti, quanto in altri casi di annullamento del giudizio impugnato con conseguente rinvio all'istanza inferiore, il provvedimento può condurre ad una decisione per l'impugnante più sfavorevole di quella impugnata.

Il giudice di prime cure infatti, pur essendo vincolato dalla concezione giuridica posta alla base del giudizio di rinvio, non è tenuto a statuire in modo da concedere all'impugnante almeno tanto quanto gli avesse eventualmente già concesso nella decisione impugnata.

Al fine di superare il divieto della *reformatio in peius*, alcuni sistemi processuali, per alcuni tipi di rimedio, concedono alla controparte un termine per impugnare a sua volta la decisione e proporre domande intese a modificare quest'ultima in proprio favore.

Determinante è l'idea di soccorrere la parte che si decide a non impugnare una decisione (58), confidando in un'analoga astensione della controparte, e che viene ciononostante sorpresa da un'impugnazione proposta allo scadere del termine legale.

L'impugnazione adesiva non è nota a tutti i tipi di rimedio: generalmente essa è esclusa nel caso di rimedi straordinari. Il destino dell'impugnazione adesiva è strettamente legato a quello dell'impugnazione principale. Di regola, il ritiro o l'improponibilità in ordine di quest'ultima, determina la caduta di quella adesiva.

Anche per l'impugnazione adesiva devono essere dati i presupposti processuali generici e specifici.

Alcuni sistemi processuali non ammettono soltanto l'impugnazione adesiva in favore della parte contro la quale l'impugnazione è rivolta, ma estendono questa facoltà anche al *litisconsorte semplice*.

(58) Almeno parzialmente a lei sfavorevole. Il requisito del gravame presuppone che anche l'impugnante in via adesiva sia rimasto perlomeno parzialmente soccombente in prima istanza. L'esistenza di un interesse ad agire giuridicamente rilevante è infatti la premessa indispensabile di qualsiasi atto processuale.

Ricevuto l'atto d'impugnazione, il giudice di quest'ultima lo rimette alla controparte dell'impugnante affinché formuli le proprie osservazioni (59), nel caso di procedura orale, convoca entrambe le parti per l'esposizione delle rispettive motivazioni ed allegazioni.

Il giudice di prime cure non è parte del procedimento d'impugnazione.

Il materiale processuale raccolto in prima istanza viene acquisito d'ufficio agli atti dell'istanza dell'impugnazione.

Nel caso dei rimedi che permettono la continuazione e l'ampliamento del discorso processuale in seconda istanza, alla fase introduttiva dell'impugnazione, dopo che il giudice dell'impugnazione ha statuito sulla proponibilità in ordine del rimedio (60), fa seguito una fase di cognizione con l'assunzione di eventuali nuove prove indicate delle parti.

Una fase probatoria può essere distinta anche nei rimedi che per principio non ammettono la continuazione del processo in sede d'impugnazione ma che permettono di assumere prove rifiutate dal giudice di prime cure.

Parimenti, un'istruzione probatoria può risultare necessaria limitatamente ai presupposti processuali.

L'assunzione delle prove può essere delegata al giudice di prime cure o nel caso di collegio ad un giudice istruttore designato in seno allo stesso.

Terminata la fase istruttoria e dato modo alle parti di pronunciarsi sulle risultanze probatorie, il giudice dell'impugnazione statuisce nel merito.

(59) In ossequio al principio *audiatur et altera pars*

(60) In caso di improponibilità del rimedio, il giudice respinge l'impugnazione in ordine con una semplice decisione di natura processuale. Tale giudizio chiude definitivamente il procedimento d'impugnazione. Nel merito fa stato la decisione del giudice di prime cure. La decisione che ammette in ordine il rimedio, di regola, non è autonoma ed a sè state, ma viene assorbita implicitamente dal successivo giudizio sulla fondatezza del rimedio.

Qualora il rimedio proposto è ritenuto fondato, la decisione avversata è annullata.

Parallelamente, a seconda della natura cassatoria o riformatoria del mezzo d'impugnazione, il giudice di secondo grado procede al rinvio degli atti del processo al giudice di prime cure o all'emanazione di una nuova e corretta decisione.

In caso di infondatezza del rimedio, il giudice dell'impugnazione provvede a confermare la decisione censurata.

Il giudizio confermativo dell'istanza d'impugnazione non si limita ad una semplice dichiarazione di rigetto del rimedio e di convalida della decisione impugnata, ma riveste in genere il carattere di una nuova decisione che subentra e si sostituisce a quella impugnata. Infatti, pur giungendo alle stesse conclusioni del giudice di prime cure, il giudizio dell'istanza superiore può derivare da una diversa motivazione.

In caso di ammissione del rimedio in ordine sarà quindi la decisione del giudice di secondo grado a fare stato nel merito della lite (61).

9. Particolarità

L'impugnante può ritirare il rimedio prima che il giudice di secondo grado statuisca sullo stesso (62). Il ritiro può essere parziale, ossia limitato ad alcuni punti, o totale. Può inoltre essere condizionato o incondizionato.

La questione a sapere se, dopo il ritiro, sia ammissibile rinnovare l'impugnazione viene risolta negativamente dalla dottrina.

A questo proposito occorre distinguere fra rimedi ordinari e straordinari.

Secondo la dottrina, il ritiro del mezzo d'impugnazione proposto provoca la crescita in giudicato formale della decisione. Il rinnovo dell'impugnazione è pertanto escluso anche quando il termine legale non fosse ancora spirato.

(61) Salvo nei casi di giudizio cassatorio e di rinvio

(62) Guldener, 499 ss.

Ciò dovrebbe tuttavia valere soltanto nella misura in cui questa conseguenza sia esplicitamente prevista dal diritto positivo (63). In caso contrario, il rinnovo dell'impugnazione prima dello spirare del termine dovrebbe essere ammesso almeno nel caso in cui il ritiro avvenga in forma condizionata ed il rinnovo venga preannunciato (64) (65).

Nel caso di rimedi straordinari, il rinnovo dell'impugnazione è senz'altro possibile per un titolo diverso da quello che era alla base del rimedio ritirato (66).

La dottrina considera per contro inammissibile il rinnovo dell'impugnazione fondata su un identico titolo, non ravvisando alcun motivo di giustificazione (67).

Alla reiterazione del rimedio nel corso del procedimento d'impugnazione, è opponibile l'eccezione di litispendenza (68). Allegati aggiuntivi ad un'impugnazione proposta, anche se insinuati prima della scadenza del termine d'impugnazione sono da escludere nella misura in cui vi si oppone il principio dell'eventualità.

Analoghi problemi si pongono circa l'ammissibilità di una modifica delle domande d'impugnazione. Evidentemente è possibile in ogni tempo limitare e restringere le domande iniziali nel senso di una riduzione del petitum.

L'estensione delle domande d'impugnazione, senza peraltro che in ciò si configuri una modifica dell'azione, è possibile soltanto nei limiti entro i quali questa facoltà è esplicitamente

- (63) Dovrebbero valere considerazioni analoghe a quelle che disciplinano la questione relativa al ritiro di un'azione.
- (64) Se la decisione cresce in giudicato soltanto allo scadere del termine per impugnare e se quest'ultimo è sottratto alla disposizione delle parti, non v'è motivo per respingere questa soluzione. Nel caso contrario, si giunge a concedere alle parti la facoltà di determinare secondo la loro volontà il momento della crescita in giudicato di una decisione, disponendo indirettamente dei termini di legge.
- (65) I diritti della controparte non vengono minimamente lesi.
- (66) A condizione che siano dati i presupposti specifici, p.es. la tempestività.
- (67) Guldener, ibidem. Simile argomentazione non convince. Un'argomentazione in favore dell'ammissibilità è altrettanto persuasiva.
- (68) L'impugnazione è infatti paragonabile ad una domanda processuale volta all'annullamento, rispettivamente alla modificazione di un giudizio.

riconosciuta dal diritto positivo (69).

La possibilità di un'impugnazione successiva, entro i termini legali, di dispositivi inizialmente non impugnati dipende invece dalla soluzione prevista dal diritto positivo alla questione a sapere se i dispositivi non impugnati crescano in giudicato al momento dell'insinuazione dell'atto d'impugnazione parziale o soltanto allo spirare dei termini di legge.

Qualsiasi soluzione deve evitare di pregiudicare i diritti della controparte.

La proposizione contemporanea di differenti mezzi d'impugnazione contro la stessa decisione non è da escludere a priori. Non è possibile riassumere in breve le conseguenze di simili coincidenze. La soluzione va piuttosto ricercata caso per caso, distinguendo fra i vari tipi di rimedi.

La controparte dell'impugnante può riconoscere la fondatezza del rimedio proposto. Da tale riconoscimento non consegue tuttavia l'immediato accoglimento del rimedio senza preventivo esame da parte del giudice. La cognizione della fondatezza della decisione impugnata non soggiace alla libera disposizione delle parti.

L'atto di riconoscimento non è tuttavia del tutto privo di effetti, ma va interpretato alla luce della natura del rimedio e della causa.

Il riconoscimento di un'appellazione in una lite del cui oggetto le parti possono liberamente disporre, equivarrà al riconoscimento della domanda di controparte respinta dal giudice di prime cure.

Diversi saranno per contro gli effetti del riconoscimento di impugnazioni contro decisioni emanate in cause rette dal principio dell'ufficialità o di rimedi straordinari. La portata dell'atto di riconoscimento dovrà essere apprezzata dal giudice dell'impugnazione in base alle circostanze concrete. Per risolvere il problema della rinuncia (70) all'impugnazione occorre distinguere fra rimedi ordinari e rimedi straordinari,

(69) cfr. p.es. Zurigo art. 322 CPC.

(70) cfr. Guldener 500, 501, ZSR 65, 228, Baerlocher 14.

fra liti rette dal principio dell'ufficialità e cause in cui le parti possono disporre liberamente dell'oggetto della lite e infine fra rinunce preventive e rinunce espresse dopo la decisione.

In cause dominate dal principio di disposizione, è generalmente ammessa la rinuncia ad impugnare la decisione con rimedi ordinari, pronunciata tanto prima, quanto dopo l'emanazione della decisione.

La rinuncia preventiva ad impugnare un giudizio con mezzi straordinari appare per contro contraria ai buoni costumi (71). In cause rette dal principio dell'ufficialità, la rinuncia (72) all'impugnazione mediante mezzi sia ordinari, sia straordinari, secondo la dottrina è inammissibile, non potendo le parti giungere mediante accordo ad un risultato il cui conseguimento in via contrattuale è escluso dalla legge (73).

La rinuncia all'impugnazione può aver luogo tanto in via unilaterale, mediante dichiarazione esplicita o azione concludente (74), quanto in via bilaterale mediante contratto processuale.

La rinuncia a mezzi d'impugnazione crea un impedimento processuale: il giudice dell'impugnazione ne terrà conto soltanto se essa viene debitamente eccepita dalla parte interessata.

La portata della rinuncia deve essere dedotta attraverso l'interpretazione delle dichiarazioni delle parti.

In genere è auspicabile un'interpretazione restrittiva, che limiti gli effetti della rinuncia, specialmente se questa è espressa mediante dichiarazione unilaterale o per atti concludenti (75) (76).

La rinuncia ad un rimedio o il ritiro di un mezzo d'impugnazione proposto sono spesso combinati ad una transazione.

(71) art. 20 CO

(72) Sia preventiva, sia a posteriori.

(73) Guldener, 500

(74) P.es. effettuazione da parte del convenuto della prestazione richiesta.

(75) Guldener, 287, 400 e 403 circa le conseguenze processuali dei difetti nelle dichiarazioni di volontà delle parti.

(76) La dottrina attribuisce alla rinuncia a rimedi ordinari l'effetto di far crescere in giudicato formale la decisione impugnata. La tesi per impugnare, in quanto di ordine pubblico, sono sottratti alla libera disposizione delle parti e che lo spirare infruttuoso del termine costituisce la premessa indispensabile per la crescita in giudicato della decisione.

PARTE SECONDA

I L'appello

1. L'appello quale mezzo d'impugnazione principale

Nella procedura civile ticinese, come praticamente in tutti i sistemi processuali, l'appello è il mezzo d'impugnazione principale, messo a disposizione della legge, per censurare i giudizi emanati dai pretori (1) nella cosiddetta procedura appellabile (2).

Rispetto agli altri rimedi proponibili contro le decisioni giudiziali rese dai pretori secondo questo tipo di procedura - quali la restituzione in intero (3) e l'interpretazione (4) (5) - l'appello è considerato il rimedio d'elezione.

Il ricorso per cassazione, nei confronti dell'appello, è posto su un piano di parità e non di sussidiarietà, come è il caso in altri sistemi processuali (6). Entrambi sono mezzi d'impugnazione primari.

Il ricorso per cassazione è il mezzo d'impugnazione specifico per i giudizi resi dai pretori e dai giudici di pace secondo la procedura inappellabile.

(1) L'appello è comunque proponibile anche come mezzo d'impugnazione contro decisioni giudiziali di altre istanze (cfr. pag. 96).

(2) Art. 165 e ss. CPC, in contrapposizione alla cosiddetta procedura inappellabile davanti ai giudici di pace ed ai pretori come istanza unica (art. 291 e ss. CPC). Va comunque rilevato che l'appello può essere proponibile anche contro giudizi resi in procedure speciali (ad esempio nella procedura sommaria).

(3) Art. 346 e ss. CPC.

(4) Art. 333 e ss. CPC.

(5) La revisione non è proponibile come rimedio autonomo contro i giudizi dei pretori resi, sia come istanza unica, sia come giudici di prime cure.

(6) Ad esempio il sistema processuale italiano.

2. L'appello quale rimedio a carattere ordinario

La distinzione fra rimedi ordinari e rimedi straordinari viene generalmente fatta in base al criterio della crescita in giudicato della decisione impugnata (7).

Hanno carattere di rimedio ordinario i mezzi d'impugnazione rivolti contro giudizi non ancora cresciuti in giudicato. Il CPC non disciplina esplicitamente il momento della crescita in giudicato delle decisioni (8). Esso regola tuttavia espressamente l'esecutività delle sentenze: "le sentenze appellabili sono esecutive dal giorno successivo a quello in cui è scaduto il termine per impugnarle" (9).

Dato che l'esecutività di una sentenza presuppone, in linea di massima (10), che la stessa sia cresciuta in giudicato formale, è da ritenere che il giudizio appellabile acquisti forza di cosa giudicata solo al momento in cui scade il termine per impugnarlo mediante appello (11).

L'appello è quindi rivolto contro sentenze non ancora cresciute in giudicato: la sua natura è pertanto quella di rimedio ordinario.

Anche se la crescita in giudicato formale della decisione costituisce di regola la premessa essenziale per la sua esecuzione, nell'ordinamento istituito dal CPC il problema della crescita in giudicato va distinto da quello della natura ordinaria o straordinaria del mezzo d'impugnazione. Determinate decisioni, pur essendo appellabili, sono infatti esecutive immediatamente dopo la loro emanazione (12).

(7) Guldener 485; Kummer 187; per altri invece i rimedi ordinari sono quelli rivolti alla continuazione del processo in seconda istanza: Sträuli-Hauser 444, Müller 5

(8) Gli art. 109-110 CPC sono gli unici che concernono direttamente l'istituto della crescita in giudicato.

(9) Art. 290 lit b, CPC; salvo i casi riservati dell'art. 310 cpv. 2 e ss. CPC

(10) Fanno eccezione i casi di provvisoria esecutività (art. 310 cpv. 2-4 CPC) cfr. qui appresso e più avanti, pag. 102ss.

(11) Riservato il caso in cui l'impugnazione si limita ad alcuni dispositivi (art. 307 cpv. 2 CPC).

(12) Art. 310 cpv. 2 e 4 CPC

Questa particolarità può essere considerata una deroga alla natura fondamentale dell'appello, che è quella di rimedio ordinario, oppure un'eccezione al principio per cui soltanto giudizi cresciuti in giudicato danno luogo all'esecuzione (13).

Tali decisioni sono provvisoriamente esecutive per la durata del termine d'appello e diventano definitivamente esecutive solo nel caso di mancata impugnazione o di rigetto dell'appello (14). Ammettendo che queste decisioni provvisoriamente esecutive siano anche "provvisoriamente" cresciute in giudicato, l'appello diretto contro di esse ha praticamente valore di rimedio straordinario, ossia rivolto ad eliminare gli effetti della forza di giudicato (15).

Nel caso dell'appello adesivo, inoltre, il rimedio assume caratteristiche simili a quelle di un mezzo d'impugnazione straordinario nei confronti dei disposti non dedotti in appello dall'appellante principale.

Limitatamente a tali parti del dispositivo (16), la sentenza diventa infatti esecutiva (17), allo spirare del termine per appellare (18).

- (13) In quest'ultimo caso l'eccezione è limitata all'esecuzione cantonale. Per le esecuzioni in base alla LEF occorre infatti che la decisione sia cresciuta in giudicato (cfr. Fritzsche 138)
- (14) L'istituto della provvisoria esecutività di sentenze appellabili non è chiaramente giustificabile dal profilo teorico. Non è sufficiente considerare il problema unicamente dal punto di vista della negazione dell'effetto sospensivo (cfr. ultimamente ancora il messaggio del consiglio di stato del 22.5.1974). E' necessario esaminare la questione anche dal punto di vista pratico dell'effettiva esecutività del giudizio in base alla forza di giudicato ed in ordine all'art. 81 LEF
- (15) Tale non sembra tuttavia essere l'opinione dominante dei commentatori di disposizioni analoghe contenute in altre procedure: Baerlocher 53, Brüggenthaler 65 s, Hellberg 56
- (16) Art. 307 cpv. 2 CPC
- (17) Ossia cresce in giudicato formale
- (18) Anzi, dato che l'appello non può essere esteso a parti del dispositivo inizialmente non impugnate, quest'ultime possono essere praticamente considerate esecutive già prima dello spirare del termine d'impugnazione, al momento dell'insinuazione dell'atto d'appello.

Anche se la questione non è esplicitamente disciplinata dal codice, è da ritenere che l'appello adesivo, proponibile anche contro disposti non dedotti in appello dall'appellante principale, sospenda la loro esecutività sin dal momento della sua insinuazione.

In altri termini, la forza di giudicato formale, subentrata limitatamente a tali disposti, viene inibita nei suoi effetti dall'insinuazione dell'appello adesivo.

In caso di accoglimento di quest'ultimo, la forza di giudicato inizialmente acquisita da queste parti del dispositivo viene a cadere.

3. L'appello quale rimedio completo (19)

Il difetto della decisione impugnata può consistere in un vizio formale del procedimento di prima istanza (20) o in un errore sostanziale della decisione impugnata (21). Questi, a loro volta, possono esser determinati da un accertamento inesatto dei fatti (22) oppure da un'applicazione erronea delle norme di diritto (23) (24).

Il CPC, a differenza di quanto prevede per gli altri mezzi d'impugnazione (25), non stabilisce esplicite limitazioni al genere di censure che possono essere sollevate con l'appello. Da questo silenzio del codice si può dedurre l'esistenza di una fondamentale libertà per l'appellante, di criticare sia l'accertamento del fatto, sia l'applicazione del diritto da parte del giudice di prime cure, rispettivamente per il giudice dell'appello, di conoscere e di statuire sulle censure mosse all'operato del iudex a quo.

La libertà di critica non è tuttavia assoluta. Ad essa sono imposte, a seconda dei casi e delle necessità, limitazioni più o meno estese.

L'appello permette anzitutto di censurare gli errori in cui è incorso il giudice inferiore nella soluzione della quaestio iuris. Tuttavia, qualora si tratti di un error in procedendo, sono escluse dall'appello contro il giudizio di merito le censure rivolte a decisioni processuali che non sono state impugnate in precedenza, nonostante la possibilità di farlo, o che sono già state impugnate e decise dal giudice di seconda istanza (26). In generale, non sono

(19) Nel senso di volkommenes Rechtsmittel, cfr. Guldener 486, Baerlocher 54, tali rimedi sono anche detti perfetti

(20) error in procedendo, Müller 11

(21) error in iudicando, Müller ibidem

(22) error in facto

(23) error in iure

(24) cfr. sulla tipologia delle possibilità d'errore Gilles, 58 ss, Guldener 477

(25) cfr. p.es. art. 327 CPC per il ricorso per cassazione

(26) Cfr. in questo senso Guldener 490 N 52. La decisione sulla eccezione di incompetenza territoriale, per esempio, non può più essere criticata nell'appello contro il merito se non è stata impugnata o se l'appello proposto contro di essa è già stato deciso in occasione di una precedente appellazione sospensiva

criticabili vizi procedurali sanati dall'inattività della parte pregiudicata (27).

Per principio, anche le soluzioni date dal giudice di prime cure alle questioni di fatto, sono liberamente censurabili dall'appellante. Va tuttavia ricordato che l'appello del CPC ticinese, a differenza di analoghi istituti previsti da altre legislazioni processuali, non è concepito come un rimedio rivolto alla continuazione ed all'allargamento del processo in seconda istanza. In sede d'appello è infatti esclusa la facoltà di mutare l'azione e di addurre nuovi fatti, nuove prove o eccezioni (28).

Si tratta quindi di una cosiddetta "appellazione limitata" (29). La critica dell'accertamento dei fatti operato dal giudice di prime cure è possibile soltanto sulla scorta del materiale processuale raccolto in prima istanza.

Anche se l'istituto dell'appello del CPC ricalca quello del ricorso per riforma al tribunale federale (30), il giudice di secondo grado non è vincolato dall'accertamento dei fatti operato dal primo giudice, ma può procedere ad un nuovo ed eventualmente differente apprezzamento, valutando le prove secondo il proprio convincimento (31).

In conclusione, si può quindi affermare che l'appello, nonostante le analogie che sussistono con il ricorso per riforma al TF (32), è da annoverare fra i rimedi a carattere completo. Nei limiti sopra accennati, esso permette una revisio in iure ed una revisio in facto (33) della decisione impugnata da parte del giudice di secondo grado.

(27) Cfr. art. 143 cpv. 2 CPC

(28) Art. 321 CPC

(29) Müller 14: beschränkte Berufung, cfr. oltre, pag 77 seg.

(30) Cfr. verbali, seduta del 24.4.1970

(31) Anzi, nei limiti dell'art. 322 CPC, il giudice dell'appello può ordinare l'assunzione di nuove prove che ritiene utili per la formazione del proprio convincimento

(32) Il ricorso per riforma al TF (art. 43 ss. OG) è invece un rimedio incompleto. Cfr. Guldener 485 e 545

(33) Non è esatto affermare che l'appello del CPC sia una semplice revisio in iure: cfr. Picard, 284; Baerlocher 45.

In quest'ambito, è necessario esaminare in modo più approfondito i limiti dell'appello, per quanto concerne il divieto di mutare l'azione e di addurre nuovi fatti, prove o eccezioni.

4. Limiti dell'appello

Come poc'anzi accennato, l'appello permette una revisio in facto limitata, in linea di massima, al materiale processuale acquisito agli atti in prima istanza. Il sindacato sulla questione di fatto, da parte del giudice di secondo grado è limitato dal divieto dei ius novorum e dal divieto di mutare l'azione, istituiti dall'art. 321 CPC (34).

Per principio, il giudice dell'appello non ha il potere di conoscere e giudicare censure fondate su circostanze di fatto, prove o eccezioni non addotte in prima istanza. L'appello gli consente unicamente di esercitare un controllo in fatto e in diritto della decisione impugnata e non la continuazione del processo, nel senso di un allargamento delle tavole processuali.

Occorre tuttavia esaminare più da vicino se il divieto di introdurre nova e di mutare l'azione sia da intendere in senso assoluto e perentorio o se invece possa essere interpretato in un senso più relativo.

Il divieto di mutare l'azione in sede d'appello è infatti temperato dalla riserva dell'art. 75 CPC (35), mentre la rigidità del divieto del ius novorum è attenuata dalla facoltà concessa al giudice di secondo grado di assumere determinate nuove prove (36).

(34) "In sede d'appello è esclusa la facoltà:

a) di mutare l'azione, riservato l'art. 75

b) di addurre nuovi fatti, prove o eccezioni".

La riserva dell'art. 82, contenuta nel cpv. 2 dell'art. 321 CPC, riguarda la possibilità di rettificare ogni tempo errori di calcolo e di scrittura

(35) L'art. 75 CPC permette di addurre fatti di completazione e di estendere le domande principali o accessorie, senza che l'azione debba ritenersi mutata.

(36) Art. 322 CPC

In questa indagine è opportuno distinguere fra la materia processuale retta dal principio attitatorio (37) e la materia processuale dominata dal principio inquisitorio (38), tenendo presenti nel contempo i limiti del principio di disposizione (39).

Questi principi, ed in modo particolare il principio inquisitorio sono in grado, in determinate circostanza, di limitare gli effetti dei divieti sanciti dall'art. 321 CPC.

- (37) " da mihi facta et dabo tibi ius". E' compito delle parti e non del giudice, addurre i fatti sui quali essi fondano le loro domande e corredarli delle necessarie prove. Il campo di applicazione del principio attitatorio coincide di regola con quello del principio di disposizione. La coincidenza non è tuttavia assolutamente necessaria. Di per sé, è concepibile ammettere il principio inquisitorio, sia nell'addeuzione dei fatti e delle prove, sia limitatamente alla raccolta di quest'ultime, anche in materie soggette al principio di disposizione.
Sulla Verhandlungsmaxime cfr. Guldener 159, Walder Offizialmaxime 7, Bottani 24, Picard 31
- (38) Il principio inquisitorio permette al giudice di tener conto anche di fatti non addotti e di assumere anche prove non richieste dalle parti. Esso si contrappone sia al principio attitatorio, sia al principio di disposizione. Il campo di applicazione si estende a quelle materie che per la loro natura e per l'interesse pubblico coinvolto, sono sottratte alla libera disposizione delle parti.
Sulla Untersuchungsmaxime cfr. Guldener 168; Walder op. cit. 8; Kummer 78, Rosenberg 295; Bottani 27.
- (39) Ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium.
Il principio di disposizione è correlativo all'autonomia privata delle parti. Essa sancisce la libertà delle parti di disporre dei propri diritti, tanto mediante negozio giuridico, quanto attraverso il processo civile.
Sulla Dispositionsmaxime Guldener 148, Walder, Offizialmaxime, 8.

4.1. Materia processuale retta dal principio di disposizione e dal principio attitatorio

4.1.1. Nuovi fatti e mutazione dell'azione

"In sede d'appello è esclusa la facoltà di mutare l'azione" e "di addurre fatti nuovi" (40).

Nonostante la formulazione in termini tassativi del divieto, considerando il disposto nel suo contesto, possono insorgere dubbi circa la sua perentorietà. Lo stesso art. 321 riserva infatti l'art. 75, il quale, fra l'altro, permette di completare o rettificare le adduzioni di fatto (41) senza che per questo l'azione debba ritenersi mutata. Ci si può perlomeno chiedere se non esista una certa contraddizione fra la lit a) - che sembra (42) ammettere anche in sede d'appello l'adduzione di fatti di complemento e di rettifica (43) - e la lit b) dell'art. 321 - che invece esclude in modo categorico il *beneficium novorum*.

La questione va esaminata alla luce della genesi dell'art. 321 e della disciplina della mutazione dell'azione, tenendo conto nel contempo del principio dell'eventualità (44) e della suddivisione del processo in stadi.

L'identità dell'azione, oltre che dalle parti, è determinata dal complesso di fatti addotto e dalla domanda (45).

(40) Art. 321 cpv. 1 CPC.

(41) La possibilità di addurre la modificazione dell'oggetto litigioso, avvenuta in corso di causa indipendentemente dalla volontà dell'attore, al fine di chiedere l'oggetto surrogato o la rifusione dei danni (art. 75 lit c), CPC), oltre che condurre ad una nuova domanda, costituisce in pratica, un caso particolare di allegazione di fatti nuovi.

(42) In combinazione con l'art. 75 lit a), CPC.

(43) Non addotti in precedenza e quindi nuovi.

(44) Guldener 181, Kummer 82, Picard 39, 51.

(45) Art. 74 CPC, Guldener 197, Schönke 203 ss.

Il complesso di fatti addotto nella fase d'introduzione (46) della causa non può essere modificato senza che ciò comporti una mutazione dell'azione.

Il CPC non esclude la possibilità che l'attore chieda, mediante domanda processuale (47) di modificare il complesso di fatti addotto, ma esige che sia dato un caso di restituzione in intero (48) (49).

In sede d'appello, l'esplicito divieto di mutare l'azione, esclude a priori qualsiasi possibilità di chiedere la restituzione in intero per modificare, mediante l'allegazione di nuove circostanze, il complesso di fatti addotto.

L'allegazione di nuovi fatti, tuttavia, può essere meno incisiva e lasciare immutato il complesso di fatti addotto, limitandosi a semplici completazioni o rettifiche di circostanze già addotte (50). In questi casi l'azione non si ritiene mutata (51). L'adduzione di fatti di complemento, libera sino all'udienza preliminare (52), data la possibilità di contraddittorio, è in seguito limitata ai casi in cui

(46) Secondo il tenore letterale dell'art. 74 lit b), in sede di replica è da escludere l'adduzione di un nuovo complesso di fatti (cfr. Bottani, 36). L'adduzione di fatti nuovi che non modifichino il complesso di fatti addotto con la petizione è tuttavia possibile sino all'udienza preliminare (art. 79), limitatamente alla completazione dei fatti addotti (art. 80) ed alla chiarificazione delle allegazioni (art. 178 CPC).

(47) Art. 76 CPC

(48) Art. 138 CPC: restituzione per omessa indicazione di fatti.

(49) Per proporre nuove domande poggianti sul medesimo complesso di fatti, non è necessario che siano dati gli estremi per la restituzione in intero (prevista unicamente per l'omissione di termini, 137 CPC, fatti o prove, 138 CPC): occorre tuttavia formulare un'apposita domanda processuale (art. 76 CPC).

(50) Sulle difficoltà che si presentano per distinguere fra fatti di completazione e fatti nuovi, modificanti il complesso di fatti addotto, cfr. Picard 131 ss

(51) Art. 75 lit a) CPC

(52) Art. 79 CPC (cfr. tuttavia l'art. 78 cpv 1 CPC)

avvenga in seguito ad un invito del giudice (53) ed ai casi di restituzione in intero per omessa indicazione di fatti (54). In questi casi deve essere data alla controparte la possibilità di discutere le nuove allegazioni, eventualmente, qualora il giudice lo ritenga necessario, mediante un ulteriore scambio di atti scritti (55).

L'adduzione di fatti nuovi di completazione su invito del giudice è possibile, in linea di massima, "in ogni stadio di causa che precede l'emanazione della sentenza" (56). Dal testo di legge non si evince se

(53) Art. 80 cpv 1 lit a) e 88 lit d) CPC. L'attribuzione di poteri inquisitori al giudice è stata ampiamente dibattuta in sede commissionale (cfr. verbali sedute del 22.8.68 e del 22.7.69). La concessione al giudice della facoltà di invitare le parti a completare entro i limiti degli art. 74 e 75, le loro adduzioni di fatto (art. 88 lit d) o ad addurre nuove prove (art 89 e 192), è criticabile nella misura in cui essa costituisce un titolo di legittimazione che supplisce all'assenza degli estremi della restituzione ex art. 138 CPC.

Vero è che il legislatore ha preferito la ricerca della verità materiale al postulato dell'ordine processuale, mitigando le conseguenze di una rigida applicazione della massima dell'eventualità. Va comunque rilevato che mentre i rigidi requisiti della restituzione in intero giustificano l'adduzione tardiva di fatti o prove, l'invito del giudice quale titolo di restituzione, sia pure soltanto per fatti complementari, non offre sufficienti garanzie. Ciò non può non essere motivo per qualche preoccupazione, specialmente se si consideri che qualsiasi fatto che non modifichi il complesso di fatti addotto, può essere considerato una semplice completazione. Il progetto del consiglio di stato, che pure era largo nel concedere al giudice poteri inquisitori in materia di prove, era molto più restrittivo in tema di completazione di fatti, che ammetteva solo qualora ricorressero gli estremi della restituzione (cfr. art. 92 progetto 1954, Picard 128 ss. e 156)

(54) Art. 80 cpv. 1 lit b) e 138 CPC

(55) Art. 83 CPC

(56) Art. 88 lit d) CPC. Il marginale "assunzione d'ufficio di prove" è incongruente con questa parte del disposto.

il legislatore, con questa frase, abbia voluto includere anche lo stadio dell'impugnazione, che pure precede l'emanazione della sentenza d'appello.

Il rinvio dell'art. 322 lit a) all'art. 88 CPC, limitatamente all'assunzione d'ufficio di prove, induce ad escludere una simile interpretazione.

L'analisi storica del disposto porta alla stessa conclusione. Di per sè quindi, la facoltà di invitare le parti a completare i fatti addotti, non spetta al giudice d'appello (57).

Problematica appare anche la possibilità di addurre in sede d'appello fatti di complemento o di rettifica attraverso l'istituto della restituzione in intero (58).

La genesi dell'art. 321 CPC sta piuttosto a dimostrare che il legislatore ha voluto permettere alle parti di addurre in appello unicamente il fatto nuovo della modificazione dell'oggetto litigioso, intervenuta in corso di causa indipendentemente dalla volontà delle parti. I primi progetti prevedevano infatti un esplicito riferimento a questa possibilità, limitando la deroga al divieto di addurre fatti nuovi al caso previsto dall'attuale art. 75 lit c) CPC (59).

In sede commissionale la deroga è stata estesa sino a comprendere tutto l'art. 75. Non è dato di stabilire se ciò sia dovuto ad una svista redazionale o se invece questa estensione sia stata realmente voluta dal legislatore (60).

(57) Il giudice d'appello può tuttavia citare le parti per un dibattimento orale, nel quale è eventualmente possibile procedere a chiarificazioni (art. 324 CPC).

(58) L'istituto della restituzione in intero ex art. 138 CPC sostituisce quello della restituzione in intero contro le conclusioni di causa, che il codice abrogato considerava un rimedio contro le sentenze (art. 335 CPC 1924).

(59) Progetto 1954: art. 320; progetto 1958: art. 315

(60) I verbali della commissione sono silenti su questo punto.

L'adduzione del fatto nuovo della modificazione dell'oggetto litigioso deve ad ogni modo essere ammessa in sede d'appello. A tale fine non è necessaria una domanda di restituzione, ma è sufficiente l'allegazione della circostanza dell'atto d'appello (61).

Per le considerazioni che precedono, è invece da escludere che allo stesso modo possano essere allegate in sede d'appello circostanze di per sè nuove, che completano il complesso di fatti addotto in prima istanza. L'ammissione in sede d'appello di fatti di complemento rientranti nei limiti dell'art. 75 lit a) è contraria alla natura del rimedio. Oltre a ciò, sarebbe fonte di difficoltà in tutti quei casi in cui è dubbio, se il fatto nuovo che si intende allegare, completi soltanto o modifichi invece in modo inammissibile il complesso di fatti addotto.

In conclusione quindi, è da ritenere che l'unica eccezione al divieto di addurre fatti nuovi in sede d'appello sia data dall'art. 75 lit c) (62).

4.1.2. Nuove domande e mutazione dell'azione (63)

Il codice non contiene un esplicito divieto di proporre nuove domande in sede d'appello. La questione a sapere se ciò sia lecito va risolta tenendo presente la disciplina della mutazione dell'azione. L'identità dell'azione è determinata dalle parti, dal complesso di fatti addotto e dalle domande di merito (64). Nuove domande comportano una mutazione

(61) Il principio del contraddittorio è rispettato: la controparte ha infatti la possibilità di inoltrare le proprie osservazioni all'atto di appello (art. 314 CPC).

(62) Come previsto dai primi progetti.

(63) In questa sede viene unicamente esaminata la questione della proponibilità di nuove domande di merito, riguardanti il fondamento dell'azione. La questione relativa alla proponibilità di nuove domande processuali verrà esaminata più oltre Cfr. pag.92.

(64) Guldener 197, Kummer 82, Schönke 209 ss, Rosenberg 99, 140.

dell'azione anche se si basano sul medesimo complesso di fatti (65).

Dopo la chiusura dello stadio d'introduzione della causa, non è più possibile proporre liberamente nuove domande (66). Quest'ultime, nella misura in cui derivino dal medesimo complesso di fatti, possono essere proposte soltanto in caso di accoglimento di una preventiva domanda processuale di mutazione dell'azione (67) (68).

Il CPC stabilisce tuttavia che l'azione non si ritiene mutata, quando la parte restringa (69) o estenda le sue domande principali o accessorie (70). Parimenti, l'azione resta identica quando l'attore, in seguito ad una modificazione dell'oggetto litigioso avvenuta indipendentemente dalla sua volontà, chieda l'oggetto surrogato o la rifusione dei danni (71).

(65) Art. 74 lit a) CPC; cfr. tuttavia RGP 1964, 19 e la nota critica di F. Bolla.

(66) Il divieto di proporre nuove domande, implicito nell'art. 74 lit a), non è collegato ad un determinato stadio processuale della fase d'introduzione della causa. E' comunque da ritenere che la massima dell'eventualità espliciti i suoi effetti in modo analogo tanto riguardo alla modifica del complesso di fatti addotto, quanto nei confronti di nuove domande. La proponibilità di nuove domande in sede di replica è da ritenersi dubbia (cfr. sopra pag.). L'istituto della replica è infatti concepito precipuamente per dar modo all'attore di prendere posizione sulle contestazioni sollevate dal convenuto in sede di risposta e non per permettergli di allargare il tema processuale (cfr. anche art. 78 cpv. 1 CPC).

(67) Art. 76 CPC

(68) Nuove domande derivanti dall'adduzione di un nuovo complesso di fatti sono proponibili soltanto se sono dati gli estremi della restituzione in intero per omessa indicazione di fatti (art. 138 CPC).

(69) La restrizione delle domande equivale a desistenza: evidentemente l'azione resta immutata.

(70) Art. 75 lit b) CPC. La trasformazione della domanda di divorzio in una domanda di separazione è considerata una restrizione dell'azione (STF 77 II 289 e 79 II 5). Hinderling, 164.

(71) Art. 75 lit c) CPC.

Nel dibattimento finale le parti possono unicamente restringere il petitum (72): è loro vietato estendere le domande - sia pure nei limiti dell'art. 75 lit b) - e proporre (73) nuove domande poggianti sul medesimo complesso di fatti. E' invece lecito proporre nuove domande derivanti da un nuovo complesso di fatti, per la cui adduzione tardiva è stata chiesta ed ottenuta la restituzione (74) ed è possibile chiedere l'oggetto surrogato o la rifusione dei danni in caso di modificazione dell'oggetto litigioso.

Il divieto di mutare l'azione in sede d'appello (75) impedisce alle parti di proporre nuove domande, anche se si fondassero sul medesimo complesso di fatti (76).

L'art. 321 lit a) riserva tuttavia l'art. 75 (77). Da questa deroga si potrebbe concludere in favore dell'ammissibilità dell'estensione delle domande principali o accessorie in sede d'appello, nei limiti dell'art. 75 lit b).

Dalla genesi dell'art. 321 lit a) è comunque da escludere che tale sia stata l'intenzione del legislatore. Concedere una simile facoltà in sede d'appello e negarla al dibattimento finale in prima istanza appare contraddittorio.

La riserva dell'art. 75, contenuta nell'art. 321 lit a), si riferisce quindi esclusivamente alla possibilità di chiedere l'oggetto surrogato o la rifusione

- (72) Art. 281 cpv. 2 CPC. Ciò equivale a desistenza parziale.
- (73) In sede di conclusioni, le parti non possono far capo all'art. 76 CPC per proporre nuove domande poggianti sul medesimo complesso di fatti (art. 74 lit a) CPC). L'art. 285 cpv. 2 CPC riserva unicamente gli art. 74 lit b) e 75 lit c) CPC.
- (74) Art. 74 lit b) CPC.
- (75) Art. 321 lit a) CPC.
- (76) Nuove domande basate su un nuovo complesso di fatti sono escluse per il fatto stesso che è vietato mutare l'azione adducendo un nuovo complesso di fatti.
- (77) Senza limitare la riserva a singole parti del disposto.

dei danni in caso di modificazione dell'oggetto litigioso.

4.1.3. Nuove prove

Il diritto positivo esclude esplicitamente la facoltà di addurre nuove prove in sede d'appello (78).

Il divieto è attenuato dalle facoltà d'indagine che il CPC accorda al giudice di secondo grado. Se lo ritiene utile per la formazione del proprio convincimento, il giudice d'appello può infatti ordinare d'ufficio nuove perizie o ispezioni, la riassunzione di testimoni già uditi o l'interrogatorio formale delle parti (79). Per le stesse ragioni può inoltre ordinare, su istanza di parte, l'assunzione di prove offerte ma rifiutate dal pretore nell'ordinanza sulle prove (80) (81).

(78) Art. 321 lit b) CPC.

(79) Art. 322 lit a) CPC.

(80) Art. 322 lit b) CPC. Il disposto costituisce un parziale ed insufficiente surrogato all'inappellabilità dell'ordinanza che rifiuta determinate prove. La soluzione di rendere inappellabile questo giudizio, anche se favorisce un andamento sollecito del processo, può pregiudicare i diritti delle parti. L'obbligo di motivare la decisione di rifiuto (art. 182 cpv. 2) e la possibilità di modificarla (art. 95 cpv. 2) costituiscono comunque una certa garanzia (cfr. Picard, 137 s.).

(81) In seguito alla modifica del 25 marzo 1975 del CPC, il giudice statuisce mediante decreto e non più mediante ordinanza sulla domanda di edizione di documenti. Il decreto è appellabile, ma l'impugnazione non ha effetto sospensivo (art. 213 bis). Al giudice d'appello è concessa la facoltà di ordinare l'edizione dei documenti rifiutati dal pretore (art. 322 lit b) CPC. L'emendamento non è del tutto logico. Il giudice d'appello deve anzitutto pronunciarsi su un eventuale appello contro il decreto, proposto in precedenza e mantenuto nell'appello contro il giudizio di merito (art. 309 cpv. 3 CPC). Nel caso di mancata impugnazione del decreto che respinge la domanda di edizione, non è logico concedere all'appellante contro il giudizio di merito un'ulteriore possibilità di mettere in discussione la decisione.

In quest'ambito, va ancora rilevato che la facoltà di ordinare l'edizione di documenti non rientra soltanto nei limiti del potere discrezionale del giudice - che può ritenere utile o meno per la formazione del proprio convincimento - ma dipende anche da determinati presupposti di diritto materiale (cfr. messaggio del consiglio di stato del 22 maggio 1974, pag. 17).

Si tratta tuttavia di facoltà discrezionali e non di obblighi del giudice di secondo grado, che può liberamente decidere se la prova sia utile o meno per la formazione del proprio convincimento.

Occorre quindi esaminare se all'infuori di queste limitate possibilità ne esistano altre per permettere alle parti di rimediare ad eventuali involontarie omissioni di prove. E' possibile infatti che le parti vengano a conoscenza dei mezzi di prova necessari soltanto in corso di causa.

Per principio i mezzi di prova devono essere adottati unitamente ai fatti (82); la fase dell'allegazione delle prove si chiude con l'udienza preliminare (83).

La successiva adduzione di prove è anzitutto ammessa quando avvenga in seguito alla richiesta del giudice (84); questi può invitare le parti ad addurre nuove prove, compatibilmente con il rispettivo onere probatorio, quando un fatto non fosse sufficientemente accertato (85).

- (82) Art. 78 cpv. 2; 165 cpv. 2 lit e), 170 cpv. 1 lit f) CPC. Negli atti d'introduzione della causa è necessario indicare specificamente per ciascun fatto, i mezzi di prova offerti o invocati. Da testo del CPC non risulta con la dovuta chiarezza se eventuali omissioni in materia di prove possano essere recuperate in sede di udienza preliminare o se invece l'omissione dell'indicazione delle prove negli allegati abbia conseguenze preclusive come nel codice abrogato (cfr. RGP 1971, 310; 1969, 290; 1928, 367). Il progetto del consiglio di stato ammetteva l'adduzione di prove ancora in sede di udienza preliminare (Picard 128 a 258); in favore del divieto di addurre all'udienza preliminare prove non figuranti negli allegati cfr. F.Bolla nota in RGP 1971, 310.
- (83) Art. 79 CPC: il rapporto con l'art. 78 cpv. 2 non emerge con la dovuta precisione; cfr. nota precedente
- (84) Art. 81 lit a) e 89 CPC
- (85) Art. 191 CPC

Le parti possono inoltre chiedere, entro dieci giorni dall'assunzione delle prove ammesse all'udienza preliminare, l'assunzione di altre prove la cui esistenza o conclusione risultassero successivamente (86). All'infuori di questi casi, l'adduzione di prove dopo l'udienza preliminare è possibile soltanto qualora siano dati gli estremi della restituzione in intero (87).

In sede d'appello è da escludere un intervento del giudice per invitare le parti ad addurre nuove prove o per ordinare l'assunzione di prove che non rientrano nei limiti degli art. 322 e 88 (88). Resterebbe, almeno in teoria, la possibilità di chiedere la restituzione in intero per omessa indicazione di prove.

La questione della proponibilità di una domanda di restituzione in intero - insinuata dopo l'emanazione del giudizio al fine di addurre nuove prove in appello - non è meno problematica di quella relativa all'ammissibilità di una domanda di restituzione al fine di allegare fatti nuovi di completazione o di rettifica in seconda istanza (89). In linea di massima, anche questa possibilità è da escludere (90).

Nuove prove devono tuttavia essere necessariamente ammesse anche in sede d'appello, quando si verifichi un caso di modificazione dell'oggetto litigioso previsto dall'art. 75 lit c). Sarebbe assurdo ammettere la possibilità di allegare questo fatto nuovo e di modificare

(86) Art. 192 CPC

(87) Art. 81 lit b) e 138 CPC. In materia di prove è relativamente più facile riparare ad omissioni che non in tema di adduzione di fatti: il corso della causa non ne risulta sconvolto ma solo ritardato; cfr. Picard, 128 ss.

(88) Ad esempio, l'assunzione di nuovi documenti e l'audizione di nuovi testi.

(89) Cfr. sopra pag. 87.

(90) Con la riforma del CPC il legislatore ha soppresso l'istituto della restituzione in intero contro le conclusioni in causa quale rimedio contro le sentenze.

la domanda, escludendo nel contempo la possibilità di provare la modificazione intervenuta (91), nel caso in cui la controparte la contestasse.

4.1.4. Nuove eccezioni e nuove contestazioni

L'art. 321 lit b) esclude la facoltà di sollevare nuove eccezioni in sede d'appello. Il divieto, che include anche le nuove contestazioni, è una conseguenza della massima dell'eventualità.

Il convenuto che vuole contestare i fatti addotti dall'attore deve farlo con la risposta e - limitatamente ai fatti di replica - con la duplica. Fatti non chiaramente contestati si presumono ammessi, salvo contrarie risultanze di causa (92). L'istruzione probatoria è infatti limitata all'accertamento dei fatti rilevanti e contestati (93).

Analogo ordinamento, con qualche restrizione, vige per le eccezioni (94). La fase dell'allegazione delle eccezioni e delle contestazioni si chiude con l'udienza preliminare (95). Dopo questa fase, nuove eccezioni e nuove contestazioni sono possibili soltanto se è dato un caso di restituzione in intero (96) (97).

(91) Nonché la fondatezza e l'entità del risarcimento di danni richiesto.

(92) Art. 170 cpv. 2 CPC.

(93) Art. 184 CPC

(94) Le eccezioni processuali non addotte con la risposta sono perente (art. 78 cpv. 2 CPC).

(95) Art. 79 CPC: il rapporto con l'art. 78 non è chiaro. Secondo il codice abrogato, all'interrogatorio (corrispondente all'udienza preliminare) non era permesso sollevare eccezioni o contestazioni omesse negli allegati scritti (cfr. RGP 1957, 306). Ciò dovrebbe valere anche per il nuovo codice: l'udienza preliminare ha per scopo la chiarificazione delle allegazioni e non l'adduzione di novità. Il tenore dell'art. 79 è quindi ingannevole.

(96) Art. 80 cpv 1 lit b) e 138 CPC

(97) L'art. 80 cpv. 1 lit a) CPC permetterebbe alle parti di completare le eccezioni su invito del giudice (art. 88 lit d): è difficile tuttavia immaginare un'applicazione pratica del disposto.

Si ripropone in questo contesto la problematica relativa alla possibilità di chiedere la restituzione in intero, dopo l'emanazione della sentenza che si intende impugnare, al fine di sollevare in sede d'appello nuove eccezioni o nuove contestazioni (98). In linea di massima è da escludere questa possibilità.

Comunque, nonostante il divieto di sollevare nuove eccezioni o nuove contestazioni in sede d'appello, sono da rilevare alcune deroghe. L'art. 321 lit a) permette anzitutto di addurre una modificazione dell'oggetto litigioso anche in seconda istanza e di chiedere l'oggetto surrogato o la rifusione dei danni.

Per il principio del contraddittorio (99), va data alla controparte la possibilità di contestare la ricorrenza degli estremi dell'art. 75 lit c) e di sollevare eccezioni e contestazioni circa un'eventuale domanda di risarcimento di danni.

L'art. 80 cpv. 2 permette inoltre di sollevare l'eccezione di prescrizione anche dopo l'udienza preliminare, purché si sia verificata in corso di causa. Questa facoltà spetta alla parte interessata anche in sede d'appello (100).

Infine, la parte preclusa, che non ha compiuto atti di causa, può ancora sollevare in sede d'appello l'eccezione di incompetenza territoriale (101).

(98) La problematica è già stata affrontata a proposito della proponibilità di domande di restituzione ex art. 138 CPC per addurre in sede d'appello fatti complementari (cfr. pag.82) o nuove prove (cfr. pag.88).

(99) Art. 83, 84 CPC audiatur et altera pars.

(100) Alla parte interessata, si deve permettere di sollevare l'eccezione anche dopo l'insinuazione dell'atto d'appello che, quale atto giudiziale, interrompe il decorso della prescrizione dando luogo ad un nuovo termine (cfr. Becker, ad art. 138 e rel. CO).

(101) Cfr. RGP 1961, 188. Sarebbe illogico negare questa facoltà in sede d'appello ed ammetterla in sede di esecuzione del giudizio (cfr. art. 81 cpv. 2 LEF). In questo senso anche RGP 1974, 428.

4.2. Materia processuale retta dal principio dell'ufficialità e dal principio inquisitorio

Il principio dell'ufficialità si contrappone sia al principio di disposizione, sia a quello attitatorio (102) ed è in grado di attenuare le conseguenze preclusive di una rigida applicazione della massima dell'eventualità.

Esso domina, in misura più o meno estesa, (103), le questioni relative allo stato delle persone (104), le cause di assistenza fra parenti (105), le azioni derivanti da contratto di lavoro (106) e la procedura d'interdizione e di revoca della stessa (107).

La massima dell'ufficialità trova inoltre applicazione nel campo dell'accertamento dei presupposti processuali (108), del diritto degli stati esteri, degli statuti e delle consuetudini locali (109).

Alla massima dell'ufficialità si accompagna il principio inquisitorio (110).

(102) Walder, *Offizialmaxime*, 7 s.

(103) Nelle cause matrimoniali vale il principio in fa-forem matrimonii, in quelle di paternità il principio inquisitorio esplica i suoi effetti in favore del figlio (Guldener 173).

(104) Cfr. l'elenco in art. 419 CPC. Il principio inquisitorio vale sia per i fatti, sia per le prove, cfr. art. 420 CPC: "il giudice può, in ogni stadio della lite, ... assumere quelle ulteriori prove od informazioni".

(105) Art. 427 cpv. 4 CPC; limitatamente alle prove

(106) Art. 417 lit c) CPC; il principio inquisitorio vale soltanto in cause di valore inferiore a 5'000.-fr. (art. 416 CPC); cfr. anche art. 343 cpv. 4 CO.

(107) Art. 46 LAC. Il tribunale d'appello è designato quale autorità di ricorso contro decisioni rese dal consiglio di stato in tema di interdizione (art. 22 A lit d) LOG).

(108) Art. 97 CPC.

(109) Art. 87 cpv. 2 e 3 CPC cfr. RGP 1912, 540 e 1942, 370.

(110) Ossia della ricerca dei fatti per impulso del giudice, indipendentemente dalla volontà e dagli atti delle parti.

Vanno distinti dalla massima dell'ufficialità, il principio della direzione d'ufficio del procedimento (111) e dell'applicazione d'ufficio della legge (112).

Gli effetti del principio inquisitorio, quanto all'attenuazione delle conseguenze del divieto del *ius novorum*, variano a seconda delle contingenze e della natura del caso concreto.

Nel campo dei presupposti processuali (113) sono in linea di massima da ammettere nuove domande, anche se comportano l'adduzione di nuovi fatti e di nuove prove, qualora tendano a rilevarne il difetto, sia in prima sia in seconda istanza (114). L'adduzione in sede d'appello di fatti non allegati in prima istanza, riguardanti questioni procedurali che dovevano essere accertate d'ufficio, va senz'altro ammessa.

Nova in sede d'appello sono da ammettere nella misura in cui concernono i presupposti processuali specifici del mezzo d'impugnazione (115).

Il principio indagatorio permette inoltre al convenuto precluso in prima istanza di sollevare in appello nuove eccezioni su questioni esaminate o esaminabili d'ufficio

- (112) Art. 87 cpv. 1 CPC: la massima iura novit curia vale solo nei limiti del diritto federale e del diritto cantonale. Nel campo del diritto degli stati esteri, degli statuti e delle consuetudini locali al principio dell'applicazione d'ufficio del diritto è connesso il principio inquisitorio. Cfr. Walder, *Offizialmaxime* 30; Guldener 155 ss.
- (113) La mancanza dei presupposti processuali comporta la nullità della sentenza, rilevabile d'ufficio (art. 142 CPC) nei limiti del principio d'impugnazione (art. 146 CPC).
- (114) Alle parti non deve derivare alcun svantaggio in conseguenza di eventuali omissioni in cui è incorso il giudice di prime cure in tema di accertamento dei presupposti processuali.
- (115) Per esempio la rinuncia ad appellare o successioni intervenute nel processo dopo il dibattimento finale. In questo senso crr. anche l'art. 309 cpv. 2 lit b) CPC. Cfr. pure Guldener, 489 N 45 e N 46.

dal giudice di prime cure (116).

Nelle cause rette dal principio dell'ufficialità, le norme di diritto positivo (117) che conferiscono al giudice poteri inquisitori, possono portare indirettamente al risultato di ammettere l'adduzione di nuovi fatti e di nuove prove. Non si tratta tuttavia di un diritto delle parti di addurre nova, ma di una facoltà del giudice di assumerli nel procedimento, indipendentemente dal fatto che gli vengano offerti.

Il divieto istituito dall'art. 321 resta in vigore anche nelle cause in cui il principio attitatorio è limitato dal principio inquisitorio (118). Dal conferimento di poteri indagatori al giudice ad opera del diritto positivo, le parti non possono dedurre nessun ius novorum a loro favore.

Il giudice di seconda istanza può quindi assumere maggiori prove di quelle offerte dalle parti e ritenere nel suo giudizio circostanze non addotte dalle parti

- (116) La preclusione del convenuto non significa acquiescenza ma soltanto rinuncia a formulare contestazioni, ad addurre fatti di risposta o prove (cfr. 169 cpv. 1 CPC). L'allegazione di nuove eccezioni in sede d'appello non è rara in materia di EF (cfr. RGP 1968, 276; 1958, 438; 1955, 425; cfr. anche la massima in RGP 1974, 428; "Dato che il TF esamina nei ricorsi di diritto pubblico per violazione di trattati internazionali le eccezioni dedotte dal trattato anche se non invocate davanti alle istanze cantonali (STF 68 I 160), si giustifica che la CEF - alla quale è proposta appellazione contro una sentenza di rigetto definitivo dell'opposizione per sentenza pronunciata in uno stato estero - faccia eccezione al principio secondo cui in sede d'appello è esclusa la proposizione di nuove eccezioni".
- (117) Il diritto materiale non impone tuttavia il beneficium novorum nelle cause di divorzio o di separazione, cfr. Walder, *Offizialmaxime* 45. Sul principio del favor matrimonii cfr. Müller, 82.
- (118) RGP 1974, 53. "La produzione di nuovi documenti non è consentita alle parti nemmeno in un'azione di stato. I documenti possono tuttavia essere acquisiti d'ufficio agli atti di un'azione di separazione personale della CCA se li ritenga rilevanti per il giudizio". Cfr. tuttavia RGP 1975, 241 e la nota critica di F. Bolla.

ma accertate d'ufficio attraverso informazioni assunte (119).

Nuove contestazioni non sono del tutto improponibili: il giudice, nelle cause di stato soprattutto, non è vincolato dalle ammissioni o dalle mancate contestazioni delle parti (120).

Analogamente, nei limiti del potere inquisitorio che la legge concede al giudice, le parti possono sollevare eccezioni (121) non addotte in prima istanza.

In determinate circostanze infine, sono da ammettere in sede d'appello anche nuove domande di merito, nonostante il divieto di mutare l'azione (122).

In conclusione è da ritenere che il potere inquisitorio del giudice può attenuare le conseguenze dei divieti istituiti dall'art. 321. Determinante è la ratio legis della norma che conferisce tale potere al giudice.

4.3. Nuove argomentazioni di diritto in sede d'appello

Il divieto di mutare l'azione e di addurre nova in sede d'appello non impedisce alle parti di modificare in seconda istanza le argomentazioni di diritto svolte davanti al primo giudice.

L'identità dell'azione è infatti determinata, oltre che dalle parti, unicamente dal complesso di fatti addotto e dalle domande formulate (123). Le norme di diritto

(119) Cfr. art. 420 CPC per le questioni di stato; art. 427 cpv. 4 CPC per le questioni di assistenza fra parenti. Da notare inoltre che il giudice deve concedere alle parti il diritto di discutere il risultato delle indagini.

(120) Cfr. art. 158 cfr. 1 e 3 CC per le cause di divorzio, di separazione e di nullità del matrimonio (art. 136 CC).

(121) Ad esempio un'eccezione fondata sull'art. 137 cpv. 3 CC. Cfr. Guldener 566.

(122) La questione è controversa soprattutto per quanto riguarda la proponibilità di un'azione riconvenzionale di divorzio in sede d'appello. Cfr. Guldener 566, Baerlocher 45 s.; Walder, *Offizialmaxime* 45 deriva la proponibilità dal pericolo della perdita del diritto e non dalla massima inquisitoria.

(123) Art. 74 CPC; altro era nel processo romano delle *actiones* (cfr. Picard 257).

invoke non contribuiscono ad identificare l'azione. La modifica delle argomentazioni da diritto svolte non muta l'azione.

Le argomentazioni di diritto addotte dalle parti non vincolano il giudice (124); questi può pronunciare sulle domande e sui fatti adottati ed accertati, anche fondandosi su norme giuridiche non invocate o ritenute inapplicabili dalle parti (125).

Fra l'altro, va rilevato che lo svolgimento di tesi di diritto non è obbligatoriamente richiesto alle parti. Al giudice incombe l'onere di applicare d'ufficio le norme giuridiche confacentisi alla fattispecie addotta dalle parti e accertata in giudizio.

Per quanto attiene al diritto straniero, è lecito chiedersi se il giudice d'appello sia limitato o meno nella sua indagine dai giustificativi offerti dalle parti.

Il diritto straniero deve essere provato in quanto ignoto al giudice. Questi non è tuttavia limitato dal principio attitatorio alle prove addotte dalle parti (126).

Anche se la legge equipara il diritto degli stati esteri ad un fatto da provare, essa conferisce al giudice un potere inquisitorio nella ricerca di tale diritto.

Sembra pertanto logico ammettere la facoltà di assumere d'ufficio nuove prove circa il diritto estero applicabile anche in sede d'appello, analogamente a quanto dispone l'art. 322 lit a) CPC, qualora il giudice lo ritenga necessario per la formazione del proprio convincimento.

(124) Art. 87 CPC

(125) *Iura novit curia* cfr. RGP 1974, 382; 1945, 471; 1934, 274; 1927, 211 e altri ancora.

(126) Art. 87 CPC.

5. L'appello quale rimedio devolutivo

L'appello esplica effetto devolutivo (127). Data la sua natura di rimedio completo, anche se limitato, è logico che il sindacato sulle critiche mosse alla decisione impugnata venga deferito ad un'istanza gerarchicamente superiore a quella che ha pronunciato, al fine di garantire un controllo corretto ed imparziale.

La posizione di preminenza gerarchica dell'istanza di controllo si manifesta nella facoltà costituzionalmente attribuitale di rivedere, annullare e modificare i giudizi resi dall'istanza inferiore ed impugnati.

5.1. Iudex a quo

Iudex a quo è di regola il pretore, sia che abbia pronunciato in materia di diritto civile, sia che la decisione impugnata sia stata resa in materia di esecuzione e fallimenti. Nei giudizi emanati in processi adesivi al processo penale il iudex a quo è una corte d'assise (128).

Eccezionalmente, nel caso di ricorsi contro decisioni rese in procedure d'interdizione o in materia di adozione, il iudex a quo è il consiglio di stato (129).

E' invece da escludere quale iudex a quo dell'appello il pretore, se ha pronunciato quale istanza unica (130), i giudici di pace ed i tribunali arbitrali.

(127) Cfr. Guldener 484, Kummer 163, Rosenberg 135, Schönke 376, Müller 72. L'effetto devolutivo è chiaramente deducibile dal contesto delle norme che reggono l'appello (cfr. art. 307 ss. CPC e 22 LOG).

(128) Assise criminali (art. 33 LOG), assise correzionali (art. 34 LOG), assise pretoriali (art. 28 LOG e 12 cpv. 4 LP delitti di competenza del pretore) nonché art. 222 CPP.

(129) Art. 22 A lit c) e d) LOG.

(130) Art. 291 ss. CPC. Sull'appellabilità dei giudizi cfr. sotto pag. 112

5.2. Iudex ad quem

Iudex ad quem è una delle due camere civile d'appello (131) (CCA) oppure la camera di esecuzione e fallimenti (132) (CEF).

La suddivisione delle competenze fra le camere civili e quella di esecuzione e fallimenti è regolata dalla legge organica e giudiziaria (LOG).

Alle camere civili d'appello sono appellabili i giudizi resi in cause di competenza dei pretori e non dichiarate inappellabili, nonché le decisioni del consiglio di stato che negano l'adozione e quelle rese in materia di interdizione (133).

La suddivisione interna delle competenze fra le due camere civili è stabilita da un apposito regolamento (134).

Alla camera di esecuzione e fallimenti sono appellabili le decisioni emanate dai pretori quali autorità giudiziarie in materia di esecuzione e fallimenti, nei limiti di valore stabiliti dalla LOG (135). Criterio determinante per la competenza della camera di esecuzione e fallimenti è che la decisione impugnata sia stata resa dal pretore in procedura sommaria (136). I giudizi del pretore in materia di esecuzione e fallimenti, emanati in procedura ordinaria (137) o accelerata (138) sono invece impugnabili alla camera civile d'appello,

(131) Art. 22 A LOG.

(132) La CEF funge anche da autorità di vigilanza (cfr. art. 22 lit d) LOG, 12 LALEF): l'esame dell'attività esplicata in questa funzione esula dai limiti di questo lavoro.

(133) Art. 22 A lit c) e d) LOG.

(134) Regolamento sulla competenza delle camere civili del tribunale d'appello del 12 maggio 1972.

(135) Art. 13, 14 LOG.

(136) Art. 22 lit a) LOG: 388 CPC (compreso nel titolo II del libro III del CPC).

(137) Art. 165 ss. CPC.

(138) Art. 389 CPC.

semprech  siano dati gli altri requisiti dell'appellabilit  (139). La camera civile d'appello e non la camera di esecuzione e fallimenti   di conseguenza il iudex ad quem dell'appello contro decisioni del pretore concernenti il pignoramento privilegiato (140), le azioni di collocamento (141), le azioni di rivocazione del sequestro (142), per le quali   prescritta la procedura accelerata.

Alla camera civile d'appello sono pure appellabili, qualora siano dati gli altri estremi dell'appellabilit , i giudizi resi in azioni di inesistenza del debito (143) o di riconoscimento del credito (144), in azioni di contestazione secondo gli art. 107, 109 e 140 LEF, nonch  in azioni revocatorie (145) alle quali in ogni caso   applicabile la procedura ordinaria.

(139) Cfr. sotto, pag. 125, nonch  art. 2 in fine del regolamento sulla competenza delle camere civili del TA.

(140) Art. 111 LEF

(141) Art. 148, 157, 250 LEF.

(142) Art. 279 cpv. 2 LEF

(143) Art. 83 cpv. 2 LEF

(144) Art. 278 cpv. 2 LEF

(145) Art. 285 ss. LEF

5.3. Caratteristiche e limiti dell'effetto devolutivo

L'effetto devolutivo (146) si manifesta al momento dell'insinuazione dell'atto di appello. Esso è di natura provvisoria sintanto che il giudice di secondo grado non abbia ammesso l'appello come proponibile in ordine.

L'effetto devolutivo di appellazioni non sospensive di decreti processuali si concretizza unicamente a condizione che venga introdotta una successiva appellazione sospensiva (147).

Di portata limitata è l'effetto devolutivo dell'appello contro provvedimenti cautelari (148): il giudice che ha emanato il decreto può modificarlo o revocarlo, qualora il pericolo sia cessato o le condizioni che l'hanno determinato siano cambiate (149). Dato che questa possibilità sussiste "in ogni tempo", è da ritenere che essa sussista anche se il provvedimento è stato impugnato mediante appello (150). Il iudex a quo resterebbe inoltre competente per statuire su eventuali istanze di restituzione per omessa allegazione di fatti o indicazione di prove che venissero presentate in concomitanza con l'appello (151).

(146) Che non va confuso con la massima "sententia lata iudex desinit iudex esse"

(147) Art. 309 cpv. 3 CPC. Da rilevare che in questi casi occorre una dichiarazione esplicita di mantenimento dell'appellazione non sospensiva.

(148) Per i quali è prevista la forma del decreto cfr. art. 310 cpv 4 lit c) CPC.

(149) Cfr. art. 384 CPC. La revoca o la modifica dei decreti cautelari è possibile nonostante il divieto formulato dall'art. 96 cpv. 2 CPC.

(150) Cfr. anche l'art. 377 cpv. 2 CPC.

(151) Non si può escludere che in pendenza d'appello venga introdotta una domanda di restituzione (cfr. Lanini, 80). La domanda di restituzione del termine per appellare va comunque presentata al iudex ad quem.

L'estensione dell'effetto devolutivo è determinata dalle domande formulate nell'atto d'appello e dai dispositivi impugnati. Al giudice dell'appello può essere devoluta l'intera lite come pure soltanto alcuni punti: l'appellazione di uno o più dispositivi di una sentenza, infatti, non deduce in appello i dispositivi non appellati (152).

La norma non è altro che una conseguenza del principio di disposizione (153). Il giudice non può aggiudicare ad una parte più di quanto essa chiede; parimenti non può annullare dispositivi che le parti accettano e riconoscono. Il principio vale per tutte le istanze e per tutti i tipi di processo: anche nelle cause dominate dal principio dell'officialità il giudice non può andar oltre alla volontà delle parti (154) (155). Restano tuttavia riservate le disposizioni riguardanti l'appello adesivo e l'annullamento d'ufficio di decisioni giudiziali irrite, che pure contribuiscono a definire i limiti dell'effetto devolutivo (156).

Con l'appello adesivo possono essere dedotti in appello dispositivi non impugnati dall'appellante principale.

Nel caso di annullamento d'ufficio di decisioni giudiziali irrite da parte dell'istanza superiore, invece, l'effetto devolutivo, indipendentemente dalla volontà d'impugnazione delle parti, si estende anche alla cognizione di eventuali casi di nullità assoluta (157).

(152) Art. 307 cpv. 2 CPC: il principio "tantum devolutum quantum appellatum" è un corollario della massima "ne eat iudex ultra petita partium".

(153) Baerlocher 39.

(154) Art. 86 CPC; cfr. Guldener 148 s, RGP 1974, 413 s.

(155) Nelle cause di paternità non può attribuire il figlio con effetti di stato civile, se la domanda è di natura meramente creditoria. Analogamente non può pronunciare il divorzio se è chiesta soltanto la separazione. Parimenti non può annullare il giudizio del pretore che ammette la domanda di divorzio, se sono impugnati unicamente i dispositivi relativi alle conseguenze accessorie, cfr. Walder Offizialmaxime 43, STF 43 II 87, Guldener 498 N 88.

(156) Cfr. pag. 149

(157) Art. 142 CPC. E' tuttavia necessaria l'impugnazione di una parte affinché l'istanza superiore venga a conoscenza del caso di nullità.

6. L'appello quale rimedio sospensivo

6.1. Principio

L'appello sospende di regola l'esecuzione del giudizio (158) impedendo alla decisione impugnata di crescere in giudicato. Di conseguenza, sintato che l'appello è pendente, non è data la condizione fondamentale per l'esecuzione del giudizio. La decisione appellata non esplica effetti nella definizione dei rapporti giuridici fra le parti.

La caratteristica della sospensività del mezzo d'impugnazione dell'appello non va confusa con la sua natura di rimedio ordinario (159), anche se le due peculiarità sono strettamente connesse.

Circa l'estensione dell'effetto sospensivo, va rilevato che in linea di massima esso subentra nella misura in cui vengono dedotti in appello i singoli dispositivi della sentenza impugnata (160). I dispositivi non dedotti in appello crescono in giudicato formale allo spirare del termine per appellare e diventano pertanto esecutivi (161).

(158) Art. 310 cpv. 1 CPC. Guldener 486 ss., Kummer 187, Gilles 166 s., Schönke 376 s.

(159) Ossia rivolto contro sentenze non ancora cresciute in giudicato. L'introduzione di un'azione identica a quella pendente in grado d'appello è paralizzata dall'eccezione di litispendenza e non da quella di res iudicata.

(160) Cfr. Guldener 391 N 122.

(161) Un'eccezione viene fatta per l'appello adesivo che nella prassi è proponibile anche contro di dispositivi non dedotti in appello dall'appellante principale. Cfr. pag.150

6.2. Eccezioni

Il codice prevede numerose eccezioni al principio della sospensività dell'appello. In determinati casi, l'esecuzione del giudizio è possibile, in via provvisoria, anche prima dello spirare del termine per appellare (162). L'esecutività provvisoria può fondarsi su una particolare disposizione legale o su un apposito provvedimento del giudice.

Dal profilo teorico può essere considerata come il conferimento provvisorio della forza di giudicato alla decisione ad opera del giudice o della legge (163).

6.2.1. Esecutività provvisoria per ordine del pretore (164)

In determinati casi il pretore, ad istanza di parte, può autorizzare (165) l'esecuzione del giudizio. Il provvedimento può essere assimilato ad una misura cautelare ed è appellabile. L'impugnazione non ha tuttavia effetto sospensivo (166).

Come per i provvedimenti cautelari, il pretore subordina di regola la dichiarazione di provvisoria esecutività alla prestazione di un'adeguata garanzia (167).

A. Il pretore può, se richiesto, conferire la provvisoria esecutività ai giudizi emanati nei procedimenti esecutivi previsti dal CPC (168).

(162) Sull'istituto della provvisoria esecutività cfr. Brüggenthaler.

(163) L'appello contro decisioni provvisoriamente esecutive viene quindi ad assumere un aspetto di rimedio straordinario, cfr. sopra pag.

(164) Art. 310 cpv. 2 CPC.

(165) Il giudice non "ordina la provvisoria esecuzione" ma concede la provvisoria esecutività. E' compito delle parti promuovere gli atti esecutivi indispensabili.

(166) Art. 310 cpv. 4 lit c) CPC. Il giudice d'appello ha tuttavia la facoltà di accordare l'effetto sospensivo all'appello contro decisioni provvisoriamente esecutive per legge (cfr. messaggio del consiglio di stato del 22.5.1974, pag.11).

(167) Art. 310 cpv. 3 CPC

Per stabilire la portata del disposto, occorre anzitutto esaminare quali procedimenti esecutivi entrino in considerazione. Il CPC regola unicamente il cosiddetto procedimento esecutivo civile (169). L'esecuzione per "ottenere il pagamento di danaro o la prestazione di garanzie" (170), non è prevista dal CPC ma dalla LEF.

Se da un lato non vi sono dubbi che l'art. 310 cpv. 2 lit a) CPC è applicabile, in linea di massima, alle decisioni emanate in materia di esecuzione civile, d'altro lato appare esclusa l'applicazione del disposto alle decisioni emanate nei casi previsti dalla LEF in cui è dato l'intervento dell'autorità giudiziaria (171) (172). Il CPC infatti non "prevede" questi procedimenti nel senso di istituirli, ma unicamente nel senso di disciplinarli concretamente (173).

Da notare ancora che nei procedimenti esecutivi civili, la portata del disposto è relativa.

Il pretore può infatti accordare la provvisoria esecutività alla decisione che rifiuta di accogliere l'opposizione al precetto esecutivo civile (174). In caso d'impugnazione del giudizio, tuttavia, il presidente della camera adita, dato che la procedura è quella di camera di consiglio (175), può

(169) Art. 488 ss. CPC

(170) Art. 38 cpv. 1 LEF.

(171) Oltre ai casi elencati dagli art. 386 e 387 CPC sono da annoverare i casi nei quali è prescritta la procedura accelerata (art. 389 ss CPC)

(172) Per i casi di rigetto dell'opposizione l'esecutività provvisoria subentra per legge cfr. art. 310 cpv. 4 lit b) CPC.

(173) Se non volesse sottolineare una distinzione fra i due tipi di procedimento la specificazione "previsti da questo codice" sarebbe priva di senso. Alla maggior parte dei giudizi emanati nei procedimenti esecutivi previsti dalla LEF, l'esecutività provvisoria è data per legge in base al nuovo art. 310 cpv. 4 CPC.

(174) Art. 493 CPC

(175) L'art. 493 rinvia infatti agli art. 361 ss. CPC.

concedere l'effetto sospensivo all'impugnazione (176), rendendo così vano il provvedimento del pretore.

- B. Il pretore può inoltre, sempre su richiesta, conferire la provvisoria esecutività alle sue decisioni, nel caso in cui un ritardo nell'esecuzione possa cagionare un danno grave o difficilmente riparabile (177). La parte istante deve rendere verosimile la ricorrenza di questi presupposti.

Anche la portata di questo disposto è limitata. E' infatti dubbio che il conferimento dell'esecutività provvisoria a decisioni che accolgono (178) domande di pagamento o di prestazioni di garanzia (179) permetta alla parte, a beneficio della quale il provvedimento è stato emanato, di procedere nell'esecuzione in base alla LEF.

La decisione infatti, anche se dichiarata provvisoriamente esecutiva, non abilita ad ottenere un rigetto provvisorio dell'opposizione, che è concesso solo "se il credito si fonda sopra un riconoscimento di debito constatato mediante atto pubblico o scrittura privata" (180).

Ci si può unicamente chiedere se la decisione, munita della dichiarazione di provvisoria esecutività, possa essere considerata un titolo sufficiente per ottenere il rigetto definitivo dell'opposizione.

(176) Art. 370 cpv. 3 CPC.

(177) Art. 310 cpv. 2 lit b CPC.

(178) Per le decisioni che respingono tali domande il problema non si pone.

(179) Nei limiti dell'art. 38 LEF.

(180) Art. 82 LEF. A prescindere dal fatto che sarebbe assurdo concedere il rigetto provvisorio e costringere la controparte, debitrice escussa nonché appellante, a proporre un'azione di inesistenza del debito, paralizzata a priori dall'eccezione di litispendenza.

L'art. 81 LEF richiede una "sentenza esecutiva", termine che viene interpretato dalla dottrina nel senso di sentenza cresciuta in giudicato (181). I cantoni sono liberi di stabilire le modalità della crescita in giudicato delle sentenze. Di conseguenza, si può ammettere l'esecuzione in base all'art. 81 LEF, soltanto nella misura in cui si considerino cresciute in giudicato le sentenze dichiarate provvisoriamente esecutive. Di per sè niente si oppone a ritenere cresciute in giudicato, sia pure soltanto provvisoriamente, le sentenze munite della dichiarazione di provvisoria esecutività (182).

Non può tuttavia non suscitare qualche perplessità il fatto che, procedendo in tal modo, si costringe l'appellante, che ottiene ragione in seconda istanza, a far capo all'art. 86 LEF, se nel frattempo la sentenza è stata eseguita (183).

La questione lungi dall'essere risolta in dottrina (184), non risulta essere stata concretamente affrontata dalla prassi giudiziaria ticinese.

(181) Guldener, 390 N 112b, 575 N 5, 617 N 8. , Fritzsche 138, Baerlocher 53, Stauffacher SJZ 19/229, Jäger ad art. 81 LEF, Brüggenthaler 60 ss., Hellberg 57.

(182) In tali casi l'appello contro queste decisioni viene praticamente ad assumere caratteristiche di rimedio straordinario

(183) A meno che il giudizio d'appello ordini direttamente la restituzione dell'indebitato. La soluzione è problematica in considerazione del divieto di addurre nova in seconda istanza.

(184) Cfr. pag.72

6.2.2. Esecutività provvisoria per legge

Determinati giudizi sono provvisoriamente esecutivi senza cauzione e senza espressa menzione nella sentenza (185). Anche in questi casi, ci si può chiedere se queste decisioni debbano essere considerate come provvisoriamente cresciute in giudicato dal momento della loro emanazione.

Nessun disposto di legge permette di escludere con certezza questa eventualità. I materiali non forniscono ragguagli in proposito.

- A. Sono provvisoriamente esecutivi, ope legis, i giudizi in materia di prestazione di alimenti e le misure provvisionali giusta l'art. 145 CC.

Nella misura i cui giudizi in materia di alimenti obbligano il convenuto soccombente a prestazioni pecuniarie, si ripropone il problema del valore del giudizio quale titolo di rigetto definitivo dell'opposizione (186), precedentemente affrontato (187). Anche in questi casi la soluzione dovrebbe essere identica. Per contro, quando il giudizio provvisorio, emanato in base all'art. 145 CC, dovesse dar luogo all'esecuzione civile, occorre tener presente che la procedura di camera di consiglio, ad essa applicabile (188), attribuisce al presidente della camera adita la facoltà di concedere l'effetto sospensivo all'impugnazione del giudizio negante l'accoglimento dell'opposizione proposta (189).

(185) Art. 310 cpx. 4 CPC.

(186) Tali giudizi sono considerati titoli di rigetto definitivo dell'opposizione (cfr. Panchaud - Caprez § 100); non sono dati invece gli estremi dell'art. 82 LEF per concedere un rigetto soltanto provvisorio.

(187) Cfr. sopra pag. 104

(188) Art. 423 CPC.

(189) Art. 370 cpx. 3 CPC.

- B. Le sentenze emanate secondo la procedura di camera di consiglio sono pure provvisoriamente esecutive ope legis (190).

La procedura di camera di consiglio, oltre ai casi previsti dagli art. 2 e 4 LAC, è applicabile alle azioni possessorie (191), alle azioni provocatorie (192) e di divisione (193), ai procedimenti dipendenti da domande di cauzione giudiziaria (194) ed alle azioni di opposizione a precetto esecutivo civile (195). Anche se queste sentenze, per legge, sono provvisoriamente esecutive, il presidente della camera adita può tuttavia concedere l'effetto sospensivo all'impugnazione (196). L'esecutività provvisoria per legge è data anche qualora il giudice, in seguito alla difficoltà dell'assunzione delle prove, abbia rinviato le parti alla procedura accelerata (197).

- C. L'esecutività provvisoria è inoltre conferita dalla legge ai provvedimenti cautelari (198). L'appello non è sospensivo. Il presidente della camera adita può tuttavia conferire, mediante ordinanza, effetto sospensivo all'impugnazione (199).

Da notare che i provvedimenti cautelari possono essere impugnati soltanto se sono stati preceduti dal contraddittorio (200) e se rientrano nei limiti della competenza appellabile del pretore. Le parti possono infatti chiedere la revoca o la modifica dei

- (190) Art. 310 cpv. 4 lit b) CPC.
 (191) Art. 373 ss. CPC, 930 ss. CC.
 (192) Art. 454 ss. CPC.
 (193) Art. 475 ss. CPC.
 (194) Art. 487 CPC.
 (195) Art. 493 CPC.
 (196) Art. 370 cpv. 3 CPC.
 (197) Cdr. art. 372 CPC.
 (198) Art. 310 cpv. 4 lit c) CPC.
 (199) Art. 382 cpv. 3 CPC.
 (200) Art. 382 cpv. 1 CPC.

decreti cautelari emanati senza essere preceduti dal contraddittorio (201). La revoca o la modifica può inoltre essere pronunciata nel caso di cessazione del pericolo o di cambiamento delle condizioni che hanno determinato il provvedimento (202).

- D. Provvisoriamente esecutivi sin dalla loro emanazione sono in seguito i giudizi resi nella procedura sommaria in tema di esecuzione e fallimento (203) disciplinata dagli art. 385 e ss. CPC (204). Il presidente della camera adita può tuttavia concedere effetto sospensivo all'appello (205).

In quest'ambito, sono da annoverare soprattutto le sentenze di rigetto dell'opposizione. Questi giudizi, anche si impugnati permettono al creditore di proseguire nell'esecuzione. Per le considerazioni esposte in precedenza, è da ritenere che anch'essi acquistino forza di giudicato (206) provvisoria sin dal giorno successivo a quello della loro emanazione (207). Da questo momento decorrono pertanto i termini per proporre l'azione di inesistenza del debito (208).

- (201) Art. 379 cpv. 2 CPC; l'art. 96 CPC vieta unicamente la modifica dei decreti processuali; l'appellazione inoltre non è trattata soltanto con la prima appellazione sospensiva.
- (202) Art. 384 CPC; la facoltà di tener conto delle mutate condizioni spetta anche al giudice d'appello. I provvedimenti cautelari non acquistano forza di giudicato materiale. Gulden, 390.
- (203) Art. 310 cpv. 4 lit d) CPC
- (204) I casi in cui è prevista la procedura sommaria sono elencati dagli art. 386 e 387 CPC.
- (205) Art. 388 cpv. 4 CPC.
- (206) Limitatamente all'esecuzione.
- (207) Nonostante il disposto dell'art. 290 lit b) CPC.
- (208) Contrariamente alla prassi giudiziaria ticinese (cfr. RGP 1951, 386), non sembra applicabile all'ordinamento procedurale del CPC, la massima sancita dalla STF 47 III 67. La massima riprodotta in epigrafe al caso pubblicato in RGP 1974, 206 non è del tutto esatta. Nel computo dei termini per proporre l'azione di disconoscimento non v'è differenza per la procedura appellabile e quella inappellabile. Entrambi i giudizi di rigetto sono infatti immediatamente esecutivi.

- E. La norma che disciplina l'esecutività provvisoria delle sentenze emanate nella procedura accelerata è identica a quella che regola l'esecutività delle sentenze rese con procedura sommaria (209). Anche in questo caso il iudex ad quem ha la facoltà di concedere l'effetto sospensivo all'appello (210). La procedura accelerata è retta dagli art. 389 e ss. CPC. Essa è prescritta per alcuni procedimenti istituiti dalla LEF (211) e dall'ordinanza federale in materia di garanzia nel commercio del bestiame (212). Può inoltre essere ordinata dal pretore nei casi in cui la procedura di camera di consiglio si riveli insufficiente per la complessità dei fatti o le difficoltà nella assunzione delle prove (213).
- F. L'art. 310 cpv. 4 lit f) CPC attribuisce esecutività provvisoria alle sentenze emanate in materia di protrazione dei contratti di locazione e di affitto, salvo diversa disposizione del giudice dell'impugnazione.
- Il disposto, oltre che mal inserito nel contesto del codice, dato che tali sentenze sono impugnabili soltanto mediante ricorso per cassazione, è perfettamente superfluo (214).
- G. Provvisoriamente esecutivi per legge sono infine i decreti di sfratto dei conduttori (215). L'appello non ha effetto sospensivo ma il presidente della CCA può concederlo (216).

(209) Art. 310 cpv. 4 lit e) CPC.

(210) Art. 398 cpv. 2 CPC.

(211) Art. 111, 148, 157, 250, 265 cpv. 3, 284 LEF

(212) Ordinanza federale del 14.11.1911, cfr. art. 401 ss. CPC.

(213) Art. 372 CPC.

(214) Gli art. 330 e 411 CPC erano sufficienti.

(215) Art. 310 cpv. 4 lit g) CPC.

(216) Art. 508 cpv. 2 CPC. La modifica legislativa si è resa necessaria in seguito alla sentenza del TF che dichiarava arbitraria la norma precedentemente in vigore (cfr. RGP 1974,6).

6.3. Decreti processuali (217)

Per l'esecutività dei decreti processuali (218), fa stato l'art. 96 cpv. 3 CPC, il quale stabilisce che "l'impugnazione dei decreti non ha effetto sospensivo, salvo che la legge lo preveda o permetta al giudice la facoltà di accordarlo".

La sospensività ha per effetto quello di impedire la prosecuzione del processo; essa è prevista per legge nel caso di appello di decisioni sulla domanda di intervento accessorio (219), di decisioni di rifiuto dell'assistenza giudiziaria (220) e di decisioni sull'ammissibilità del giuramento decisorio (221).

L'effetto sospensivo può essere accordato dal giudice al giudizio sulle domande di restituzione in intero (222), alle domande di modificazione dell'azione e alle domande di edizione di documenti (223). L'art. 141 CPC stabilisce infatti che quando tale decisione può "avere un'influenza determinante sul seguito della procedura e sul giudizio, il giudice accorda effetto sospensivo alla appellazione".

Competente a concedere l'effetto sospensivo è il iudex a quo, che meglio di tutti è in grado di giudicare se le condizioni fissate dall'art. 141 CPC sono adempiute. Al giudice dell'appello contro i giudizi di restituzione è devoluta unicamente la cognizione della questione a sapere se siano dati gli estremi della restituzione (224). Si giustifica inoltre che sia il iudex a quo a decidere se assumersi il rischio di vedersi annullare il procedimento successivo al giudizio di restituzione, nel caso

(217) Art. 310 cpv. 5 CPC

(218) I decreti processuali in linea di massima, non crescono in giudicato (cfr. Guldener, 381).

(219) Art. 51 cpv. 4 CPC.

(220) Art. 158 cpv. 2 CPC.

(221) Art. 254 cpv. 3 CPC.

(222) Art. 137, 138 CPC

(223) Art. 76 CPC.

(224) Nel caso in cui il pretore omettesse di pronunciarsi circa l'effetto sospensivo di un'eventuali appellazione, non si può tuttavia negare al iudex ad quem la facoltà di concederlo.

in cui l'impugnazione, alla quale aveva negato l'effetto sospensivo, venisse accolta (225).

L'appellazione non sospensiva di decreti processuali è trattata con la prima appellazione sospensiva (226): nella maggior parte dei casi quindi, soltanto con l'appello contro il giudizio finale. L'appellante deve tuttavia dichiarare se i gravami contro i decreti processuali sono mantenuti. In mancanza di dichiarazione gli stessi si presumono abbandonati (227).

6.4. Casi particolari

L'appello infine non ha effetto sospensivo nelle cause di contestazione dell'adozione (228) e di interdizione (229).

(225) Cfr. art. 326 lit b) CPC.

(226) Art. 96 cpv. 4 CPC.

(227) Art. 309 cpv. 4 CPC: ciò che corrisponde in pratica ad una presunzione infirmabile di perdita dell'interesse al mantenimento dell'appellazione.

(228) Art. 38 bis LAC.

(229) Art. 46 cpv. 5 LAC.

7. Giudizi appellabili

La questione dell'appellabilità di un giudizio dipende, fra l'altro, dalla suddivisione delle competenze fra le varie autorità giudiziarie - istituita dalla LOG - e dal tipo di procedura adottato, oltre che dalla sua forma estrinseca.

7.1. Appellabilità secondo la suddivisione delle competenze fra le varie autorità giudiziarie

7.1.1. Competenza appellabile dei pretori

Per clausola generale, il pretore conosce e giudica, salvo appello, tutte le cause civili non espressamente devolute ad altra autorità (230).

La procedura applicabile, nel processo di cognizione, è quella ordinaria (231), in contrapposizione alla procedura particolare prevista per i giudici di pace ed i pretori giudicanti come istanza unica (232).

Le cause civili possono essere suddivise in cause di natura patrimoniale ed in cause di natura non patrimoniale.

A. Cause di natura patrimoniale

Rientrano nella competenza appellabile del pretore le cause di natura patrimoniale di valore determinabile superiore a fr. 5'000.- (233) (234).

Non è per contro data una competenza appellabile del pretore nelle cause concernenti disegni e modelli industriali, marchi di fabbrica, brevetti d'invenzione, proprietà letterarie ed artistiche

(230) Art. 14 LOG. Va rilevato che il pretore ha anche una competenza in materia penale.

(231) Art. 165 ss. CPC.

(232) Art. 291 ss. CPC, cosiddetta procedura inappellabile.

(233) Art. 13 LOG

(234) I giudizi in materia di assistenza fra parenti sono di competenza del pretore indipendentemente dal valore di causa (art. 425 CPC): contro di essi è dato soltanto il rimedio dell'appello.

e concorrenza sleale. Per queste cause come pure per le moratorie, i fallimenti e i concordati di banche e casse di risparmio è direttamente competente la seconda CCA (235).

Nelle cause di natura patrimoniale, la determinazione del valore della lite avviene in base alla domanda (236). Il valore di più domande proposte simultaneamente si somma, eccetto nei casi in cui le domande si escludano a vicenda o siano fatte valere in via alternativa, eventuale o accessoria. Non si sommano le domande nei casi di solidarietà attiva e passiva ed in quelli di litisconsorzio necessario (237). Il CPC regola ancora in modo esauriente la determinazione del valore in cause particolari rette dalla LEF (238), o riguardanti beni mobili ed immobili (239).

Il valore della domanda fatta valere con l'azione principale non si somma a quella della domanda proposta con la riconvenzione.

La competenza del giudice è determinata dal valore della maggior domanda. Nel caso in cui la domanda riconvenzionale ecceda la competenza *ratione valoris* del giudice adito con l'azione principale, la causa viene trasmessa al giudice competente (240). Qualora la riconvenzione raggiunga la competenza appellabile del pretore, la causa viene istruita secondo la procedura ordinaria (241).

(235) Art. 22 A lit b) LOG e art. 2 del regolamento sulla competenza delle CC del tribunale d'appello del 12 maggio 1972.

(236) Art. 5 CPC; gli accessori, fatti valere come tali, non sono computati.

(237) Art. 6 CPC.

(238) Art. 11 CPC.

(239) Art. 9 CPC. Da notare che per le azioni possessorie (art. 926-929 CC) concernenti beni immobili, il pretore è competente indipendentemente dal valore di causa (cfr. art. 373 CPC).

(240) Art. 12 CPC.

(241) Art. 165 ss. CPC.

In caso di mancata precisazione del valore da parte dell'attore, come pure in caso di contestazione da parte del convenuto, "il giudice lo determina mediante ordinanza (242), desumendolo dai registri pubblici, da perizie o informazioni con equo apprezzamento delle circostanze" (243).

L'appellabilità di cause di natura patrimoniale è determinata "dalle conclusioni prese dall'appellante nell'ultimo atto di causa davanti al giudice di prima istanza" (244). Nel caso in cui è il convenuto ad appellare, occorre riferirsi alle conclusioni prese dall'attore.

Determinanti, secondo la legge, sono anzitutto le conclusioni prese dall'appellante e non il valore litigioso ancora esistente fra le parti in sede di conclusioni (245). Con ciò si vuole evitare che il convenuto possa impedire l'appello dell'attore, riconoscendo la domanda in modo che il residuo rientri nei limiti della competenza inappellabile (246).

E' lecito chiedersi se in questi casi, in cui il convenuto riduce mediante acquiescenza parziale il valore della lite entro i limiti della competenza inappellabile, debba essergli ancora riconosciuto il diritto di appellare. La sua conclusione è infatti rivolta ad ottenere il rigetto della domanda di parte attrice che ormai non raggiunge più il limite di valore minimo dell'appellabilità.

(242) Inappellabili, art. 95 CPC.

(243) Art. 13 CPC, applicabile solo nei casi in cui il valore della lite sia determinante per stabilire la competenza dell'autorità giudiziaria (RGP 1973, 340).

(244) Art. 15 CPC: massima costante cfr. RGP 1926, 368; 1953, 92; 1932, 284.

(245) Cosidetta *Erwachsenheitsumme*, Rosenberg 660 ss.

(246) Per esempio: domanda dell'attore in sede di conclusioni fr 5'500.- riconosciuta dal convenuto e dal giudice (art. 86 CPC) per fr. 1'000.-: l'attore può appellare perché il valore della domanda in sede di conclusioni supera il limite della competenza appellabile. Il convenuto non dovrebbe poter appellare in via principale, poiché la sua conclusione (rigetto della domanda residua di fr.4'500.-) non raggiunge tale limite.

Il tenore letterale dell'art. 15 CPC sembra escludere questa possibilità. L'attore ha per contro la possibilità di escludere l'appello tanto suo, quanto del convenuto, restringendo la domanda in sede di conclusioni (247).

Problemi particolari circa l'appellabilità *ratione valoris* si presentano quando l'azione sia seguita da una riconvenzione. Già si è visto, che quando viene proposta una riconvenzione eccedente i limiti della competenza inappellabile, la citazione viene assorbita ai fini dell'istruzione e del giudizio della riconvenzione (248). La domanda di maggior valore è quindi determinante per la scelta del procedimento e, indirettamente, del mezzo d'impugnazione. Quest'ultimo è dato anche per la domanda di minor valore. Non sono dati due diversi rimedi (249).

(247) Art. 281 cpv. 2 CPC. L'art. 75 lit b) CPC permette alle parti, oltre che restringere, anche di estendere le proprie domande principali o accessorie, senza che l'azione debba ritrarsi mutata. Il disposto permette ad esempio, all'attore che ha chiesto la riparazione del danno in misura inferiore a quanto accertato in seguito dal perito giudiziale di correggere la propria domanda. A prescindere dalla questione a sapere se ciò sia possibile ancora in sede di conclusioni (l'art. 281 CPC sembra escluderlo), sorge il problema dell'appellabilità di un'azione, proposta entro i limiti della competenza inappellabile ed istruita secondo gli art. 291 ss. CPC, la cui domanda sia stata estesa in corso di causa sino a superare il valore minimo richiesto per l'appellabilità del giudizio. Nella misura in cui una simile estensione risulti ammissibile secondo gli art. 75 lit b) e 281 cpv. 2 CPC, l'appello dovrebbe risultare proponibile in base all'art. 15 CPC, anche se la causa è stata istruita secondo la procedura inappellabile. Il giudizio ed il procedimento che lo precede dovrebbero eventualmente essere annullati in conseguenza del divieto alle parti e al giudice di adottare un modo di procedura diverso da quello stabilito dalla legge (art. 101 CPC), sempreché la violazione della forma abbia arrecato alla parte avversa un pregiudizio che non si può altrimenti riparare che con l'annullamento (art. 143 CPC).

(248) Art. 12 CPC.

(249) RGP 1956, 430.

L'art. 15 CPC torna in ogni caso applicabile: affinché sia dato l'appello, è necessario che le conclusioni dell'appellante raggiungano il valore minimo prescritto (250).

Il valore dell'azione e della riconvenzione non si sommano (251). Parimenti non si compensano pretese che si escludono a vicenda (252).

Evidentemente, il rapporto di interdipendenza fra azione e riconvenzione per quanto concerne la scelta del mezzo d'impugnazione cessa qualora le due azioni venissero disgiunte, sia per ordine del giudice (253), sia per il ritiro dell'azione principale (254). L'appello adesivo, in quanto accessorio dell'appello principale, non è soggetto a limitazioni *ratione valoris*.

B. Cause di natura non patrimoniale

Sono di competenza appellabile del pretore le cause civili di natura non patrimoniale, "riservate le disposizioni di leggi speciali" (255).

- (250) "Se nell'ultimo atto di causa davanti alla prima istanza la riconvenzionale eccedeva il limite della competenza inappellabile, la causa è appellabile anche riguardo al dispositivo che ha respinto la domanda principale di per sé inappellabile". RGP 1941, 333.
E' per contro "inammissibile l'appello in una causa nella quale domanda e riconvenzionale non eccedono, nell'ultimo atto di causa davanti alla prima istanza, i limiti della competenza inappellabile, anche se inizialmente la riconvenzione eccedeva tali limiti e l'accusa fu istruita nelle forme del giudizio appellabile" RGP 1940, 521.
- (251) Cfr. art. 293 del CPC 1924 r RGP 1956, 431 in alto.
- (252) La soluzione è quindi identica a quella adottata dalla LFOG art. 47 cpv. 2 e 3 cfr. Birchmeier, 158.
- (253). Art. 174 cpv. 1 CPC.
- (254) Art. 173 cpv. 5 CPC.
- (255) Art. 14 CPC; sono escluse questioni di adozione (art. 38 LAC), di potestà dei genitori (art. 39 LAC) e di interdizione (art. 46 LAC) dove è data la competenza del consiglio di stato.

Trattasi di controversie fondate principalmente sul diritto delle persone o sul diritto di famiglia. La legge di procedura riconosce l'importanza di tali cause, concedendo loro la garanzia del doppio grado di giudisdizione.

L'indeterminabilità del valore non consiste nell'impossibilità di operare una stima, ma deriva dalla natura stessa della lite (256).

Il fatto che la domanda si fondi sul diritto di famiglia non è di per sè sufficiente a determinare la natura di causa non patrimoniale: occorre che la domanda non sia traducibile in una mera prestazione pecuniaria (257).

Di natura non patrimoniale sono le cause di accertamento o di nullità del matrimonio, i divorzi e le separazioni personali, le cause di attribuzione della paternità con effetti di stato civile, le cause di accertamento dello stato e determinate azioni in conseguenza di attentati al diritto della personalità.

I giudizi del pretore in queste cause sono appellabili.

(256) Cfr. Müller 31, Birchmeier 127.

(257) Riservate eventuali eccezioni previste dalla legge: le cause di assistenza fra parenti, ad esempio, sono appellabili indipendentemente dal valore della lite (art. 425 e 428 CPC).

7.1.2. Competenze appellabili di altre autorità

Sono appellabili i giudizi emanati dal consiglio di stato in materia di adozione (258), di potestà dei genitori (259) e di interdizione (260), indipendentemente da un eventuale valore reperibile. Sono inoltre appellabili, se sono dati gli estremi *ratione valoris* (261), le decisioni emanate da tribunali penali (corti d'assise) su pretese di diritto civile fatte valere in processi adesivi (262).

(258) Art. 38 LAC; 22 A lit c) LOG.

(259) Art. 39 LAC.

(260) Art. 46 LAC, 22 A lit d) LOG.

(261) In senso contrario RGP 1913, 128 (il giudizio è tuttavia anteriore all'entrata in vigore del nuovo CPP).

(262) Art. 222 CPP, ad esclusione dei giudizi provvisori (art. 220 cpv. 3 CPP).

7.2. Appellabilità secondo la forma del giudizio

La natura processuale e la forma del giudizio sono fattori determinanti per la sua appellabilità.

L'appello è proponibile contro le sentenze ed i decreti (263); le ordinanze per contro non sono appellabili (264).

7.2.1. Sentenze e decreti

Il concetto di sentenza non è esplicitamente definito dal codice, il quale stabilisce unicamente i requisiti formali che devono essere soddisfatti (265).

I giudizi possono essere di natura sostanziale (266) o di natura processuale (267).

Giudizio di natura sostanziale è qualsiasi decisione del giudice che si pronunci sulla fondatezza dell'azione.

Giudizio di natura processuale è invece qualsiasi decisione del giudice statuente sulla questione a sapere se siano dati i presupposti processuali per emanare un giudizio di merito (268).

Dal punto di vista formale, il CPC traccia una suddivisione abbastanza netta fra giudizi di merito e giudizi d'ordine, riservando ai primi la forma della sentenza ed agli altri quella del decreto o dell'ordinanza (269).

Il codice stabilisce che il giudice abbia a pronunciare mediante decreto sulle domande processuali (270), sui presupposti e sulle eccezioni processuali (271).

(263) Art. 307 CPC.

(264) Art. 95 CPC.

(265) Art. 285 CPC.

(266) Sachurteil: giudizio di merito

(267) Prozessurteil: giudizio di rito o d'ordine

(268) Guldener 204, 242.

(269) Sulla distinzione fra ordinanze e decreti cfr. sotto pag. 122.

(270) Art. 94 cpv. 1 CPC.

(271) Art. 100 cpv. 1 CPC.

Il giudice può ordinare la limitazione del processo all'accertamento preliminare dei presupposti e delle eccezioni processuali: qualora il presupposto non fosse dato o l'eccezione risultasse fondata, il giudice respinge la domanda senza entrare nel merito della lite (272).

Dai combinati disposti degli art. 99 e 100 CPC si deduce che, per principio, la forma del decreto è applicabile tanto alla decisione che respinge eccezioni processuali, quanto alla decisione accertante il difetto dei presupposti processuali e di conseguenza rigettante in ordine l'azione di merito. In altri termini, nella forma del decreto vanno emanate tutte le decisioni d'ordine, ad eccezione di quelle disciplinanti il mero andamento del processo(273).

Nella forma del decreto vengono inoltre emanati i provvedimenti cautelari (274). Questa veste non è esplicitamente prescritta dal codice ma può essere dedotta dal contesto dell'art. 310 CPC (275).

La forma del decreto è inoltre prevista in alcuni procedimenti speciali (276), concernenti gride (277), prove a futura memoria (278), offerte di pagamento (279), esecuzioni civili (280) e sfratto di conduttori (281).

L'appellabilità delle sentenze, ossia dei giudizi di merito dei pretori, dipende dall'ordinamento delle competenze precedentemente esposto (282). L'appellabilità dei decreti dipende pure in larga misura dall'ordinamento delle competenze; sono tuttavia da rilevare alcune disposizioni particolari.

(272) Art. 99 CPC.

(273) Nella procedura davanti ai giudici di pace ed ai pretori quale istanza unica (art. 291 ss. CPC) è da rilevare un'importante deroga. Cfr. pag. 195.

(274) Art. 376 ss. CPC. (275) Cfr. art. 310 cpv. 4 lit c)

(276) Libro III del CPC, art. 354 ss. CPC.

(277) Art. 431 cpv. 3 CPC (278) Art. 451 CPC.

(279) Art. 458 cpv. 2 CPC (280) Art. 497 CPC.

(281) Art. 508 cpv. 2 CPC (282) Cfr. sopra pag. 112

I decreti processuali resi nella procedura ordinaria (283) sono appellabili, salvo che la domanda o l'eccezione processuale non sia stata contestata (284). In quest'ultimo caso il giudice è dispensato dall'obbligo di motivazione (285). L'appellabilità dei decreti costituisce il correlativo al divieto di modificarli.

I decreti cautelari ed i giudizi che respingono la domanda di provvedimenti cautelari sono appellabili se sono stati resi nella procedura ordinaria e se sono stati preceduti da contraddittorio (286).

Nel caso in cui la decisione non fosse stata preceduta da contraddittorio, "le parti hanno il diritto di chiedere entro dieci giorni con istanza scritta, che, previo contraddittorio, le misure ordinate siano revocate o modificate" (287). A differenza dei decreti processuali, i decreti cautelari possono essere modificati o revocati in caso di cessazione del pericolo o di cambiamento delle condizioni che lo hanno determinato (288).

Fra i decreti di natura particolare è da rilevare l'appellabilità del decreto che accoglie o respinge l'istanza di sfratto (289) e di quello che rifiuta l'assunzione di una prova a futura memoria, se l'azione di merito a cui quest'ultima si riferisce è appellabile (290).

Appellabili sono pure il decreto che rifiuta l'istanza di pubblicazione di una grida (291) ed il decreto statuente su una domanda di edizione di documenti (292).

(283) Art. 165 ss. CPC. (284) Art. 96 CPC.

(285) Art. 287 CPC: in pratica si tratta di un caso particolare di acquiescenza.

(286) Art. 382 CPC. Contro i provvedimenti cautelari in liti promosse davanti al giudice di pace o al pretore come istanza unica non è dato rimedio (cfr. cpv. 2).

(287) Art. 379 cpv. 2 CPC. Le decisioni cosiddette "superprovvisori" sono inappellabili. Cfr. RGP 1974, 306.

(288) Art. 384 CPC.

(289) Art. 508 cpv. 2 CPC.

(290) Art. 451 CPC.

(291) Art. 431 cpv. 3 CPC.

7.2.2. Ordinanze e altri giudizi inappellabili

L'ordinamento sulle competenze esclude l'appello contro le sentenze emanate in cause promosse davanti al giudice di pace o al pretore come istanza unica (293). L'appello è inoltre escluso contro le sentenze rese nella procedura di protrazione dei contratti di locazione ed affitto (294). Non è dato appello contro decreti cautelari o processuali (295) dei giudici di pace o dei pretori come istanza unica.

Tanto nella procedura ordinaria quanto in quella inappellabile, è esclusa l'impugnazione, sia mediante appello, sia mediante ricorso per cassazione delle decisioni disciplinanti unicamente il corso del processo ed emanate nella forma dell'ordinanza (296). Si tratta di provvedimenti che ordinano il procedimento senza che alle parti venga dato o tolto un bene reale (297). Di regola non debbono essere motivate: l'obbligo di motivare le ordinanze esiste solo nei casi previsti dalla legge (298) ed anche in questi casi soltanto qualora vi sia motivo di contestazione (299).

Le ordinanze, a differenza dei decreti processuali, possono essere modificate dal giudice che le ha emenate, d'ufficio o su istanza di parte, previo contraddittorio, se si tratta di modificare un'ordinanza

(293) Art. 291 ss. CPC.

(294) Art. 411 cpv. 1 CPC. Il cpv. 3 del disposto, oltre ad essere superfluo (cfr. art. 330 CPC), contiene una manifesta svista redazionale.

(295) La questione a sapere se la cosiddetta procedura inappellabile preveda la forma del decreto processuale per le decisioni d'ordine verrà affrontata in occasione dell'esame del ricorso per cassazione. Cfr. pag. 195 ss.

(296) Art. 95 CPC, RGP 1975, 304

(297) Picard 136

(298) Art. 68 cpv. 2, 158, 182 cpv. 3 CPC

(299) Art. 286 CPC.

che respingeva una domanda (300). La forma dell'ordinanza è prevista soprattutto per decisioni in materia di prove (301).

L'esclusione di qualsiasi mezzi di impugnazione non impedisce comunque al giudice di secondo grado, al quale è proposto un rimedio irricevibile, di annullare d'ufficio un provvedimento o una decisione viziata da nullità insanabile (302). Taluni decreti, emanati in procedure particolari sono inappellabili per esplicita disposizione di legge, anche se sono dati gli estremi dell'appellabilità *ratione valoris* (303). Sono inappellabili i decreti cautelari emanati senza contraddittorio (304), i decreti statuenti su motivi di esclusione o di ricusazione (305), il decreto che ammette una prova a futura memoria (306) o la pubblicazione di una grida (307) ed il decreto esecutivo (308).

Dubbia è per contro l'appellabilità delle decisioni di stralcio della lite dai ruoli per intervenuta transazione, acquiescenza o desistenza (309). Il codice stabilisce che il giudice dà unicamente atto alle parti dell'avvenuta fine del processo; in determinate circostanze tuttavia, è necessario ammettere l'appello contro la decisione di stralcio (310).

(300) Art. 95 cpv. 2 CPC.

(301) Cfr. art. 181, 182, 191, 231, 242, 247, 271, cpv. 2 CPC.

(302) RGP 1974, 407 salvo per l'edizione di documenti (art. 213 bis CPC) e per il giuramento decisorio (art. 254 cpv. 2 CPC).

(303) Contro queste decisioni non è dato rimedio alcuno.

(304) Art. 382 cpv. 1 CPC. (305) Art. 30 cpv 3 CPC.

(306) Art. 451.

(307) Art. 431 cpv. 3 CPC e contrario; sino alla pubblicazione della grida, la procedura non è contenziosa.

(308) Art. 497 cpv. 2. La decisione che rifiuta l'emanazione del decreto esecutivo è invece appellabile (RGP 1961, 195: in questa decisione è sancito il principio per cui le sentenze dei pretori sono appellabili ove non sia altrimenti dichiarato dalla legge).

(309) A rt. 352 CPC; la transazione giudiziale è equiparata a un contratto. Cfr. Picard 290.

(310) Cfr. RGP 1971,242 (ripetibili);1943,547;1975,97.

Sono limitatamente appellabili le decisioni del pretore in materia di tariffa giudiziaria. Contro le stesse è dato il ricorso amministrativo: l'autorità giudiziaria di secondo grado può statuire soltanto sull'aggiudicazione o la ripartizione della tassa e spese giudiziarie, ma non sul loro ammontare (311). Inappellabili sono infine le decisioni provvisionali emanate in materia civile da tribunali penali (312).

(311) RGP 1254, 123; 1250, 64

(312) Art. 220 cpv. 3 CPP

8. Presupposti e fasi del procedimento d'appello

8.1. Legittimazione

La legittimazione ad impugnare è un presupposto processuale specifico del procedimento di secondo grado.

La legittimazione processuale consiste nel diritto di agire quale attore (313) nei confronti di un altro soggetto (314) per ottenere la realizzazione di un diritto contestato o l'accertamento di un rapporto giuridico controverso (315).

Mentre la legittimazione ad agire e ad essere convenuto è una questione di diritto materiale prima che processuale, la legittimazione ad impugnare è determinata soprattutto dalla situazione processuale sviluppata in prima istanza (316).

- 8.1.1 Sono legittimate ad appellare anzitutto le parti coinvolte nel processo di prima istanza, indipendentemente dal fatto che avessero o meno veste per agire o essere convenute (317).

Legittimati ad appellare sono pure i successori in diritto a titolo universale. La sentenza infatti fa stato non soltanto fra le parti, ma anche fra i successori in diritto a titolo universale (318).

Il successore a titolo singolare, in caso di alienazione dell'oggetto litigioso durante il processo, è evidentemente legittimato ad appellare se è subentrato in causa all'alienante. In tal caso è diventato parte processuale.

Il codice richiede il consenso delle parti affinché l'acquirente, possa subentrare in causa all'alienante (319); indipendentemente da ciò, stabilisce

(313) Legittimazione attiva.

(314) Legittimazione passiva.

(315) Guldener 139, Kummer 66.

(316) L'appellante può infatti censurare il giudizio che gli nega o gli riconosce la legittimazione attiva o passiva.

(317) Baerlocher 75, Guldener 495.

(318) Art. 109 CPC.

(319) Art. 110 cpv. 2 CPC. Sul problema cfr. Helberg 28, Baerlocher 76, Schönke 205.

tuttavia che la sentenza cresca in giudicato anche nei confronti dell'acquirente (320). L'acquirente, al quale la controparte dell'alienante ha negato il consenso di subentrare in lite al posto di quest'ultimo, dovrebbe essere legittimato ad appellare il giudizio come interveniente accessorio dell'alienante (321).

I litisconsorti sono parti e possono quindi appellare.

Nel caso di litisconsorzio necessario (322), l'appello di un litisconsorte giova agli altri litisconsorti rimasti passivi (323). Salvo per l'insinuazione della petizione, si considera che il litisconsorte diligente rappresenti gli altri litisconsorti che omettono di partecipare attivamente al processo. La norma vale anche per il litisconsorzio facoltativo (324) ma solo per il processo di prima istanza; il litisconsorte facoltativo non profitta dell'appello di un altro litisconsorte.

(320) Riservate le disposizioni del diritto civile circa l'acquisto del terzo in buona fede (art. 110 cpv. 1 CPC), Guldener 144.

(321) Art. 51 CPC.

(322) Il litisconsorzio è necessario quando un diritto può essere esercitato soltanto congiuntamente dalle parti o nei confronti di una comunione di persone. Il litisconsorzio è pure necessario nei casi in cui la sentenza avrà effetto costitutivo nei confronti di più persone (art. 41 CPC).

(323) Art. 46 cpv. 2 CPC. parimenti l'appello nuoce agli altri litisconsorti, qualora la sentenza venga appellata dalla controparte in via principale o adesiva e venga riformata in peius. Cfr. RGP 1246, 130.

(324) Il litisconsorzio è facoltativo quando più persone agiscono o sono convenute nel medesimo processo per pretese diverse che derivano da un fatto o da un atto giuridico comune (art. 42 CPC).

Il litisconsorte facoltativo inoltre non può chiedere in sede d'appello la modifica della decisione in favore od a sfavore di un altro litisconsorte (325). Può tuttavia appellare in proprio nome e intervenire in via accessoria a favore dell'altro litisconsorte o addirittura a favore della controparte.

8.1.2. Legittimato ad appellare il giudizio è inoltre l'interveniente in via accessoria.

L'intervento può anzi avvenire ai fini dell'impugnazione (326): esso è infatti ammissibile in ogni stadio di causa ed anche in sede d'impugnazione della sentenza (327). In caso di rinuncia ad appellare della parte in favore della quale è chiesto l'intervento, questo è da ammettere soltanto nella misura in cui il giudizio faccia stato anche nei confronti del interveniente. Solo in questo caso l'interveniente può proporre atti indipendentemente dalla parte in favore della quale è intervenuto (328). Egli può altrimenti compiere unicamente gli atti che non siano incompatibili con quelli della parte che assiste.

Il denunciato che interviene in lite ha la stessa posizione dell'interveniente accessorio (329). La denuncia di lite può avvenire in ogni stadio di causa, quindi anche dopo l'emanazione della sentenza, in sede d'appello. La legittimazione ad appellare del denunciato dipende dal suo intervento. Accettando di intervenire, il denunciato può assumere la continuazione del processo in qualità di rappresentante e in nome della parte assistita (330), oppure, prestando garanzia per l'esecuzione del giudizio,

(325) Guldener 493 N61, cfr. RGP 1968, 108, STF 58 II 440.

(326) E' da ritenere che l'intervento sia da chiedere nell'atto d'appello stesso. Spetterà al iudex ad quem pronunciarsi sulla domanda.

(327) Art. 51 cpv. 2 CPC. (328) Art. 52 cpv. 2 CPC.

(329) Art. 58 CPC. (330) Art. 53 CPC.

può subentrare in lite in luogo del denunciante (331).

5.1.3. Il procuratore pubblico è legittimato ad appellare nell'interesse della legge nelle cause di nullità del matrimonio (332) o di opposizione allo stesso, di separazione personale o di divorzio (333) come pure in tutte le cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone.

6.1.4. La parte preclusa è senz'altro legittimata ad appellare. L'art. 134 CPC, disciplinante le conseguenze dell'omissione di un atto processuale, stabilisce che la parte che omette di compiere un atto processuale, perde il diritto di compierlo salvo diversa disposizione del codice. Nel caso di mancata produzione della risposta entro il termine assegnato, il giudice assegna alla parte in mora, mediante ordinanza, "un nuovo termine di dieci giorni per la risposta, avvertendola che in caso di omissione non è più ammessa a contestare i fatti dell'attore e che l'istruttoria avverrà solo sulle prove addotte dall'attore (334)". L'omissione della duplica comporta le medesime conseguenze limitatamente ai fatti completivi adottati nella replica (335). La parte preclusa può in determinati casi chiedere la restituzione in intero al iudex a quo, dimostrando che l'omissione non è imputabile a sua negligenza (336).

La legittimazione della parte preclusa ad appellare è tuttavia data (337) anche qualora essa non chieda la restituzione in intero. La mancata produzione della risposta e la conseguente preclusione, non corrisponde infatti ad un'acquiescenza, ma comporta

(331) Art. 54 CPC.

(332) "L'interesse della legge", in queste cause, è determinato dal principio in favorem matrimonii.

(333) Art. 35 CPC. (334) Art. 169 CPC.

(335) Nella replica non è lecito modificare liberamente il complesso di fatti addotto nella petizione (art. 74 lit b) CPC).

(336) Cfr. sotto pag. 251

(337) Non vale la massima del diritto comune "contumax non appellat" (sul tema cfr. Baerlocher 72 ss.).

unicamente la perdita del diritto di contestare i fatti della petizione, di addurre fatti di risposta o controprove e di sollevare eccezioni. Il CPC stabilisce invero che i fatti non contestati si presumono ammessi, salvo contrarie risultanze di causa (338) e limita l'istruzione probatoria ai fatti contestati ed a quelli che devono essere accertati d'ufficio dal giudice (339), ma riserva nel contempo i disposti concernenti le omissioni. Questa riserva è da intendere come una limitazione della presunzione istituita dall'art. 170 cpv. 2 nei casi di preclusione: la preclusione del convenuto non dispensa l'attore dall'istruzione probatoria (340).

Il convenuto precluso è legittimato ad appellare "per dimostrare che la sentenza del primo giudice non adempie il requisito di un giudizio pronunciato a termini di ragione e secondo diritto" (341).

- 8.1.5. La legittimazione ad appellare, oltre che dipendere dalla posizione processuale, è strettamente connessa all'esistenza di un cosiddetto gravamen (342). Quest'ultimo può essere considerato un aspetto particolare dell'interesse ad agire. L'interesse ad agire (343) è un presupposto processuale; analogamente, l'esistenza di uno svantaggio derivante all'appellante dalla decisione impugnata, è un presupposto processuale specifico del procedimento d'appello (344).

- (338) Art. 170 cpv. 2 CPC. (339) Art. 184 cpv. 2 CPC.
 (340) Il convenuto precluso ha il diritto di partecipare, cfr. art. 169 CPC.
 (341) Cfr. RGP 1969, 283; 1967, 93; 1961, 188; 1958, 348; 1936, 367 la giurisprudenza fondata sull'art. 138 CPC 1924 rimane tutt'ora valida.
 (342) Cfr. Baerlocher 81 ss., Guldener 494 s, Gilles 212 nelle cause di natura patrimoniale dev'essere data la cosiddetta summa gravaminis.
 (343) Il principio istituito dall'art. 71 CPC per le azioni di accertamento vale per qualsiasi altro tipo d'azione. Guldener 205 s. Kummer 101.
 (344) Esso va pertanto esaminato d'ufficio, anche se non è elencato, fr presupposti processuali dell'art. 97 CPC.

L'esistenza di un gravamen va desunta dal contesto della decisione impugnata, tenendo conto di tutte le circostanze concrete. In pratica occorre confrontare il dispositivo con le domande delle parti: sarà gravata e quindi legittimata ad appellare la parte che vede respinte parzialmente o integralmente le proprie domande, come pure la parte che vede accolte nel dispositivo le domande della controparte. La motivazione della decisione, non essendo suscettibile di crescere in giudicato, non può in linea di massima, comportare svantaggi per le parti. Eccezionalmente sarà da ammettere l'appello contro i motivi, quando il giudizio è emesso nel senso dei considerandi (345).

Nelle azioni di divorzio o di separazione personale possono verificarsi situazioni particolari, in cui l'esame dell'esistenza del gravamen richiede un'indagine approfondita di tutte le circostanze e di tutti gli interessi in gioco. L'attore può appellare la sentenza che gli dà ragione per ritirare l'azione di divorzio o per sostenere che in realtà non è dato il motivo fatto valere (346).

La dottrina distingue fra gravamen formale e gravamen sostanziale (347).

Il gravamen formale è dato dal pregiudizio risultante all'appellante dalla differenza fra petitum e dispositivo, ossia dalla soccombenza. Il gravamen sostanziale invece, risulta da un'erronea applicazione del diritto. Esso è dato dalla discrepanza fra la situazione giuridica effettiva e quella erronea posta alla base della decisione.

(345) Cfr. RGP 1927, 318.

(346) Guldener 494; cfr. anche Baerlocher 89.

(347) Müller 40, Walsmann 89 ss., Ohndorf 83 ss.

In difetto di gravamen formale, l'appello viene respinto in ordine; in difetto di gravamen sostanziale, l'appello va invece rigettato come infondato.

L'esistenza di un gravamen è richiesta tanto per l'appello principale, quanto per quello adesivo. La parte appellata che non è rimasta per nulla soccombente in prima istanza, non è legittimata a proporre appello adesivo (348).

(348) Birchmeier, ad art. 59 OG N 1; Müller 86; Helberg 59. Nelle cause di natura patrimoniale, per l'appellante in via adesiva, non è richiesto che il gravamen raggiunga la summa gravaminis.

4.2. Termine per appellare

Il requisito della tempestività dell'appello costituisce un presupposto processuale per l'apertura del procedimento d'impugnazione. La questione della tempestività va quindi esaminata d'ufficio (349). Trattandosi di un termine stabilito dalla legge non può essere abbreviato, prorogato o sospeso, né per accordo delle parti, né per intervento del giudice (350). Al termine per appellare si applicano le disposizioni generali del codice che regolano il computo e la sospensione dei termini (351).

"L'appello si propone entro il termine di venti giorni dalla notificazione della sentenza (352)". Nella procedura sommaria e in quella accelerata il termine è di dieci giorni (353), mentre in materia cambiaria è ridotto a cinque (354).

Nel computo dei termini non è compreso il giorno dell'intimazione dell'atto (355).

Qualora il termine non venga osservato, la decisione cresce in giudicato e diventa esecutiva (356): un'appellazione tardiva è da respingere in ordine come irricevibile.

(349) RGP 1938, 83; 1928, 410; 1973, 135; Guldener 493, Gilles 50, 116.

(350) Art. 129 CPC, Helberq 43, Baerlocher 70 s.

(351) Art. 131 CPC.

(352) Art. 308 cpv. 1 CPC e per i giudizi adesivi al processo penale 223 CPP.

(353) Art. 302 cpv. 1, 385 e 399 CPC.

(354) Art. 388 cpv. 3 CPC.

(355) I termini notificazione (art. 120 ss., 168 CPC) e intimazione (art. 131 CPC) sono usati dal codice come sinonimi.

(356) Nei casi di provvisoria esecutività subentra l'esecutività definitiva.

Il codice concede tuttavia la possibilità di chiedere la restituzione in intero contro il lasso dei termini. La domanda di restituzione deve essere indirizzata al iudex ad quem, al quale è demandato l'esame del presupposto processuale della tempestività.

In questi casi, la restituzione in intero contro il lasso dei termini appare come un rimedio straordinario contro i giudizi e come un limite indiretto alla forza di cosa giudicata (357).

Se la domanda di restituzione è accolta, il iudex ad quem assegna all'istante un termine per insinuare l'atto d'appello (358). La forza di giudicato subentrata verrà revocata provvisoriamente sino alla decisione sull'appello; in caso di accoglimento della domanda, la litispendenza e l'effetto sospensivo saranno ripristinati (359).

(357) Lanini 70 ss, Guldener 275 N 53, SJZ 37, 230, Baerlocher 72.

(358) Art. 140 cpv. 2 CPC.

(359) Cfr. un caso di restituzione del termine per appellare in RGP 1974, 411.

5.3. Formalità e contenuto dell'atto di appello

L'atto di appello deve essere inoltrato alla cancelleria del giudice che ha pronunciato il giudizio che si intende impugnare (360).

L'insinuazione ad un'autorità giudiziaria incompetente non nuoce in linea di massima all'appellante (361). Questa è infatti tenuta a trasmettere d'ufficio l'atto d'appello all'autorità competente e a darne comunicazione all'appellante. I termini si ritengono rispettati se lo furono con l'insinuazione all'autorità incompetente (362).

L'appello si propone mediante atto scritto, redatto in tanti esemplari quante sono le parti, compresi i litisconsorti, più uno per il giudice dell'appello (363). Se il numero delle copie non è sufficiente, la cancelleria del tribunale d'appello assegna all'appellante un termine per presentare le copie mancanti o per anticipare le spese di copiatura, con la comminatoria che altrimenti l'atto sarà considerato come non presentato (364).

Il contenuto dell'atto d'appello è rigidamente prescritto dal codice. L'atto d'appello deve contenere in ogni caso (365) l'indicazione dell'autorità a cui l'atto è diretto, delle parti e del loro domicilio e della sentenza da cui si appella.

Deve inoltre contenere la dichiarazione di appellare, con l'indicazione precisa dei punti della sentenza appellata che si intendono dedurre dinanzi alla seconda istanza, le domande ed i motivi di fatto e di diritto sui quali l'atto d'appello si fonda. Il codice commina la nullità in caso di inosservanza delle formalità sopra elencate (366).

(360) Art. 308 cpv. 2 CPC.

(361) Cfr. invece la vecchia giurisprudenza in RGP 1923, 737; 1938, 83; 1957, 397; 1969, 292; 1948, 88.

(362) Art. 126 CPC; RGP 1946, 81.

(363) Art. 309 cpv. 1 CPC.

(364) Art. 116 cpv. 2 CPC.

(365) Art. 309 cpv. 2 CPC.

(366) Art. 309 cpv. 5 CPC.

La sanzione di nullità - che deve essere rilevata d'ufficio perchè espressamente comminata dalla legge (367)- va applicata con cautela, evitando di incorrere nella censura di formalismo eccessivo (368). Non va dimenticato che le formalità prescritte dall'art. 309 CPC perseguono unicamente il fine di identificare la sentenza appellata e di stabilire i limiti dell'appello.

Un'interpretazione larga del disposto non arreca pregiudizio alla controparte: non vi è nullità se il contesto è chiaro e se dalla irregolarità non deriva nocumento alla controparte (369).

Coll'atto d'appello, l'appellante può chiedere l'assunzione di quelle prove che vennero offerte ma che furono rifiutate dal pretore (370). La richiesta non obbliga il giudice dell'appello ad assumerle: questi rimane libero di ordinarne l'assunzione se lo ritiene utile per la formazione del proprio convincimento (371).

L'appellante può inoltre formulare con l'atto d'appello le eccezioni posteriori all'ultimo atto di causa (372). Il termine "eccezione" va inteso in senso lato: entrano in considerazione, in quest'ambito, tutte quelle circostanze di fatto e di diritto che si sono

(367) Art. 142 CPC.

(368) La drastica soluzione adottata dal CPC mal si concilia con lo spirito del codice, che altrove dispone che il giudice abbia a rinviare alla parte un atto che manchi dei requisiti formali indispensabili al raggiungimento dello scopo, assegnandole un termine per rimediare al difetto (art. 142 cpv. 2 CPC).

(369) Cfr. RGP 1966, 270; 1961, 194 e giurisprudenza citata; cfr. tuttavia RGP 1943, 41. La comminatoria dell'annullabilità corrisponderebbe meglio al principio della sanzione sufficiente (in questo senso già RGP 1926, 308).

(370) Art. 309 cpv. 2 lit g), 182 cpv. 2 CPC; il disposto è concepito come un parziale surrogato dell'inappellabilità dell'ordinanza sulle prove (cfr. critica in Bottani 54).

(371) Art. 322 lit b) CPC.

verificate dopo l'ultimo atto di causa e che possono influenzare in un modo o nell'altro il procedimento ed il giudizio d'appello (373).

Se sono state presentate appellazioni non sospensive da decreti processuali, l'appellante deve inoltre dichiarare se le impugnazioni son mantenute, altrimenti le stesse si riterranno abbandonate (374).

Esclusioni o ricusazioni sono pure da chiedere con l'atto d'appello (375). Se è chiesto l'annullamento della sentenza, l'appellante deve indicare gli atti della procedura di prima istanza che devono essere annullati (376).

La data e la firma del patrocinatore non sono considerati requisiti essenziali dell'atto d'appello (377).

Non è possibile completare o estendere l'atto d'appello a dispositivi inizialmente non impugnati, anche se il termine per appellare non è ancora trascorso. Vi si oppone il principio dell'unità e dell'unicità dell'atto e il divieto alle parti di adottare un modo di procedere diverso da quello stabilito dalla legge (378).

(373) Nullità della sentenza (art. 285 CPC), modificazioni dell'oggetto litigioso (art. 75 lit c) CPC); successioni intervenute nel processo (102,103CPC).

(374) Art. 309 cpv. 3 CPC; la dichiarazione di mantenere precedenti impugnazioni non sospensive di decreti è necessaria anche quando l'appello sia rivolto contro un decreto alla cui impugnazione è stato concesso effetto sospensivo.

(375) Art. 309 cpv. 2 lit. 1) CPC.

(376) Art. 309 cpv. 4 CPC. L'indicazione è superflua se la nullità è rilevabile d'ufficio (cfr. art. 142 CPC).

(377) Art. 309 cpv. 2 lit 1) CPC.

(378) Art. 101 CPC; RGP 1966, 104; 1968, 70; 1939,169; 1919, 615.

8.4. Atti del procedimento d'appello

Ricevuto l'atto d'appello, il iudex a quo lo trasmette alla cancelleria del tribunale d'appello unendovi l'incarto completo della causa e una copia della sentenza e ne dà comunicazione alla parte appellata (379).

Il presidente della camera adita invita l'appellante a depositare un adeguato importo per il pagamento delle spese giudiziarie. L'inosservanza del termine è equiparata alla deserzione dell'appello (380).

Effettuato il versamento, l'atto d'appello viene notificato alla controparte ed ai litisconsorti (381).

Entro i termini stabiliti per l'appello, la parte appellante può formulare le proprie osservazioni, sollevare le proprie eccezioni (382) e rendere attento il iudex ad quem sull'assenza di presupposti processuali (383) (384). La mancata insinuazione delle osservazioni non comporta pregiudizi sostanziali per la parte appellata: si tratta infatti di un allegato facoltativo.

Entro il termine stabilito dalla legge per l'appello principale, la parte appellata (385) e i litisconsorti facoltativi (386) dell'appellante e dell'appellato possono appellare adesivamente. Da rilevare che, nonostante il tenore letterale dell'art. 314 CPC, nella procedura sommaria non è dato l'appello adesivo (387).

(379) Art. 311 CPC.

(380) Il termine può essere restituito RGP 1974, 411.

(381) Art. 313 CPC.

(382) Per esempio, un pactum de non appellando; ricuse di giudici;

(383) I presupposti processuali vengono sì esaminati d'ufficio: molte volte occorre tuttavia che il giudice venga reso attento da una parte ad indagare in una determinata direzione.

(384) Anche le osservazioni all'appello sono da insinuare al iudex ad quem attraverso il iudex a quo (cfr. RGP 1962, 58).

(385) Art. 314 CPC.

(386) Art. 315 CPC; i litisconsorti necessari profitano per legge dell'appello interposto da uno di loro, cfr. art. 307 cpv. 3 CPC.

(387) RGP 1960, 296; 1959, 276.

Il contenuto prescritto per l'appello principale vale anche per l'appello adesivo. La sanzione di nullità, comminata per l'inosservanza delle formalità elencate dall'art. 309, dovrebbe essere applicata con minor rigore: il tema dell'appello è infatti già stato delimitato dall'appello principale. Anche l'appello adesivo è da insinuare al iudex ad quem per il tramite del iudex a quo (388).

Parimenti, anche l'appellante in via adesiva è invitato a depositare un adeguato importo per il pagamento delle spese giudiziarie (389).

Tanto le osservazioni, quanto un eventuale atto d'appello adesivo vanno notificate all'appellante principale. Questi non può a sua volta appellare adesivamente all'appello adesivo della controparte; ciò equivarrebbe ad un inammissibile ampliamento dell'appello principale. Gli è per contro concessa la facoltà di inoltrare le proprie osservazioni e di formulare le proprie eccezioni all'appello adesivo (390).

Terminato lo scambio degli allegati (391), il presidente della camera adita designa il giudice relatore ed ordina la circolazione dell'incarto fra i membri della camera (392). Qualora due o più cause connesse o due o più impugnazioni si trovino pendenti in grado d'appello, il presidente ne ordina la congiunzione (393).

(388) L'insinuazione diretta al iudex ad quem non dovrebbe dar luogo ad una trasmissione d'ufficio (art. 126 CPC).

(389) Cfr. art. 299 CPC 1924.

(390) Tanto più che l'appello adesivo non deve limitarsi al caso in cui l'appellante in via principale intenda chiedere che l'appellante in via adesiva presti cauzione.

La possibilità di rispondere all'appello adesivo è esplicitamente prevista dall'art. 316 CPC, per il caso in cui l'appellante in via principale intenda chiedere che l'appellante in via adesiva presti cauzione.

(391) Eventuali domande di cauzione o riesazioni vengono decise in via preliminare (art. 316 - 318 CPC).

(392) Art. 319 CPC.

(393) Art. 320 CPC.

Di competenza del presidente o del giudice delegato sono le decisioni su domande di provvedimenti cautelari (394) e di assistenza giudiziaria (395). Il presidente o il giudice delegato possono inoltre cercare di conciliare le parti qualora la natura della causa lo consenta (396). Il presidente della camera adita ha infine la facoltà di concedere l'effetto sospensivo ai giudizi provvisoriamente esecutivi per legge (397).

Se lo ritiene utile per la formazione del proprio convincimento, il giudice può ordinare d'ufficio perizie o ispezioni, la riassunzione di testimoni già uditi o l'interrogatorio formale delle parti (398). Su istanza di parte, può inoltre ordinare l'assunzione di prove offerte ma respinte dal pretore (399). L'assunzione delle nuove prove viene eseguita dalla camera o da una sua delegazione, secondo il principio dell'immediatezza, o per via rogatoriale (400).

(394) Art. 377 cpv. 2 CPC.

(395) Art. 156 cpv. 1 CPC.

(396) Art. 177 CPC.

(397) Art. 310 cpv. 4 CPC.

(398) Art. 322 lit a) e 88 lit a) - c) CPC.

(399) Art. 322 lit b) CPC. La modifica legislativa del 1.1.1976 ha precisato che questa facoltà si estende anche alle prove offerte ma rifiutate dal pretore in sede di assunzione suppletoria di prove. La stessa modifica ha introdotto la forma del decreto processuale per la decisione statuente sulla domanda di edizione di documenti (art. 213 bis CPC). Nel nuovo testo dell'art. 322 lit b) CPC è stato incluso anche il caso disciplinato dall'art. 213 bis. Cionondimeno la parte che chiede in sede d'appello l'edizione di documenti rifiutata in prima istanza, deve avere a suo tempo impugnato il relativo decreto processuale e deve aver provveduto a dichiarare di mantenere il gravamen con l'appellazione contro la sentenza di merito (art. 96, 213 bis, 309 cpv. 3 CPC).

(400) Art. 323 CPC.

La decisione è resa, in linea di massima, in base agli atti. La camera adita (401) può d'ufficio, citare le parti per un dibattimento orale, se lo ritiene utile per la sua decisione. Si tratta di un residuo dell'istituto dell'appello in via d'arringa, noto ai precedenti CPC. Il dibattimento orale è concepito unicamente al fine di dar modo alle parti di delucidare le loro allegazioni scritte, ad esclusione di qualsiasi ampliamento delle tavole processuali.

Alle parti è data facoltà di presentare un memoriale riassuntivo della loro arringa.

(401) Art. 324 CPC. Né il CPC, né il regolamento del TA disciplinano in modo chiaro la suddivisione interna delle attribuzioni del presidente, del giudice delegato e del collegio: l'iniziativa è di solito presa dal giudice delegato.

9. Giudizio d'appello

Come nel procedimento di prima istanza, anche nel procedimento d'appello, un esame del merito dell'impugnazione può aver luogo solo se il procedimento è proponibile in ordine. L'esame della fondatezza dell'appello non ha luogo ed il rimedio è respinto in ordine, se l'esame dei presupposti processuali specifici del procedimento d'appello dà esito negativo.

La procedura non prevede esplicitamente la possibilità di limitare il procedimento d'appello all'accertamento preliminare dei presupposti e delle eccezioni processuali come in prima istanza (402). In pratica, tuttavia, è riscontrabile un'applicazione per analogia dell'art. 99 CPC: qualora l'appello risulti improponibile o irricevibile, la camera adita non procede ad inutili atti di procedura quali l'assunzione d'ufficio di nuove prove (403), la decisione preliminare su domande di cauzione o la citazione ad un dibattimento orale (404).

Prima di passare all'esame della fondatezza dell'appello contro il giudizio di merito, la camera deve evadere eventuali appellazioni non sospensive di decreti processuali confermate e mantenute dall'appellante nell'impugnazione del giudizio di merito (405).

In determinati casi, l'accoglimento dell'appello non sospensivo contro un decreto, può provocare l'annullamento parziale o totale del procedimento di prima istanza e del

(402) Art. 99 e 181 CPC, salvo in caso di mancato anticipo delle spese giudiziarie.

(403) Art. 322 CPC.

(404) Dovrebbero invece essere evase domande di esclusione anche se l'appello è da respingere in ordine. L'appellante può infatti esigere che anche il giudizio d'ordine venga emanato da un tribunale del quale non facciano parte giudici recusati.

(405) O nella prima successiva appellazione sospensiva di decreti processuali.

giudizio, con rinvio della causa al giudice di prime cure. L'appello contro il giudizio di merito diventa in questi casi privo d'oggetto, essendo annullato il procedimento che lo precede.

Devono inoltre essere ricordati, in quest'ambito, i casi di annullamento d'ufficio (406) di decisioni irrite o emenate in un procedimento viziato da nullità; anche in questi casi l'appello, nella misura in cui esso è diretto contro il giudizio di merito, diventa privo d'oggetto.

9.1. Giudizio d'ordine

Nel giudizio d'ordine, il iudex ad quem accerta la proponibilità del rimedio e l'esistenza o l'inesistenza dei presupposti processuali specifici del procedimento d'appello.

L'appellante deve anzitutto aver tempestivamente versato l'anticipo richiestogli per il pagamento delle spese giudiziarie. In caso di mancato o tardivo pagamento l'appello è dichiarato deserto con decreto del giudice (407). Analogamente, l'appello è da dichiarare deserto se non è stata prestata tempestivamente la cauzione richiesta all'appellante per il rimborso delle spese giudiziarie e ripetibili (408).

Pure di rito è la decisione di stralcio dai ruoli della lite in seguito a ritiro dell'appellazione (409).

La decisione impugnata deve inoltre rientrare nel novero dei giudizi appellabili (410); se la decisione è inappellabile, il giudice rigetta in ordine l'appello come improponibile.

Il giudice esamina quindi gli altri presupposti processuali, quali la legittimazione dell'appellante e l'esistenza di un gravamen, la tempestività dell'impugnazione, l'adempimento delle formalità prescritte per l'atto d'appello (411). Qualora manchi un presupposto processuale, l'appello è respinto in ordine in quanto irricevibile (412).

(406) Cfr. pag 153 , Guldener 496 N 81.

(407) Art. 312 CPC. (408) Art. 316 e 153 cpv.3 CPC.

(409) Circa gli atti di disposizione sul rimedio cfr.sotto

(410) Cfr. sopra pag.119 (411) Art. 309 cpv. 2 CPC.

(412) Per l'appello adesivo fanno stato le medesime considerazioni sopra esposte.

La conseguenza della decisione d'ordine negativa è la cessazione dell'effetto sospensivo e la crescita in giudicato del giudizio impugnato, riservata un'eventuale possibilità di impugnare il giudizio d'appello mediante ricorso per riforma al TF (413). Con il rigetto in ordine dell'appello principale, cade anche un'eventuale appellazione adesiva (414).

Il giudizio di rito è esplicito nel caso di rigetto in ordine d'appello, in quanto improponibile o irricevibile.

Il giudizio che statuisce in modo affermativo sulla proponibilità e ricevibilità dell'impugnazione è altrimenti implicito nel giudizio statuente sul merito (415).

(413) Art. 43 OG.

(414) Dato il suo carattere accessorio.

(415) Un giudizio d'ordine affermativo ed esplicito è reso unicamente qualora la controparte abbia espressamente eccepito la proponibilità e la ricevibilità in ordine dell'appello.

9.2. Giudizio di merito

Accertata la proponibilità e la ricevibilità dell'appello, il iudex ad quem procede ad esaminare il fondamento. Entro i limiti del materiale processuale raccolto in prima istanza, il giudice dell'appello riesamina liberamente il fatto ed il diritto (416), Nell'apprezzamento delle prove non è vincolato dalle valutazioni operate dal giudice di prime cure (417).

Anche il procedimento di prima istanza è oggetto di esame in sede d'appello, tuttavia, a parte in caso di nullità rilevabili d'ufficio, occorre che l'appellante sollevi in proposito esplicite censure. All'infuori dei casi di nullità, le possibilità di ottenere in sede d'appello l'annullamento del procedimento di prima istanza (418) sono ridotte, da un lato dal divieto di addurre nuove eccezioni e dall'altro dal principio stabilito dagli art. 143 e 144 CPC. Gli atti di procedura irriti sono annullabili solo se la violazione della forma arreca alla parte avversa un pregiudizio che non si può altrimenti riparare che con l'annullamento. L'eccezione di nullità di un atto inoltre non è ammessa quando la parte che la oppone ha compiuto o tacitamente lasciato compiere altri atti successivi (419).

(416) Sui limiti dell'appello cfr. sopra pag.74 ss. e 77ss.

(417) Il giudice di secondo grado può giungere a conclusioni diverse basandosi sulle stesse prove su cui si è basato il iudex a quo. Nella sua indagine, il giudice d'appello non è limitato ad una ricerca di un eventuale arbitrio come è il caso per il giudice di cassazione.

(418) Cfr. art. 309 cpv. 4 e 326 lit a) CPC.

(419) Art. 143 CPC, cfr. anche l'art. 144 CPC che limita l'annullamento allo stretto necessario.

Le precedenti decisioni del iudex ad quem statuenti su appellazioni sospensive di decreti processuali non possono essere rimesse in discussione nell'appello contro il giudizio di merito. Appellazioni non sospensive di decreti processuali, mantenute nell'appello contro il giudizio di merito (420), vengono invece decise preliminarmente e nel caso di accoglimento conducono all'annullamento del giudizio senza che il giudice entri nel merito della lite (421).

(420) Art. 309 cpv. 3 CPC.

(421) Il principio del doppio grado di giurisdizione è di natura costituzionale (cfr. RGP 1927, 570; 1940, 380). Esso esige che il giudice di secondo grado si pronunci solo sulle questioni che sono già state oggetto di giudizio da parte del giudice inferiore.

2.3. Natura riformatoria e natura cassatoria
del giudizio d'appello (422)

Il giudizio sulla fondatezza dell'appello, quando il rimedio sia proponibile e ricevibile in ordine, è sostanzialmente un giudizio di natura riformatoria, tanto nel caso in cui l'appello venga accolto, quanto nel caso contrario in cui esso venga respinto come infondato.

La decisione del iudex ad quem si sostituisce in entrambi i casi a quella impugnata (423). Nel caso in cui l'appello venga ammesso in ordine, sarà la decisione del iudex ad quem a crescere in giudicato, anche qualora dovesse confermare integralmente la decisione del giudice di prime cure. Un eventuale ricorso per riforma al TF dovrà essere diretto contro il giudizio d'appello e non contro quello emanato in prima istanza.

Nell'ambito dell'effetto riformatorio dell'appello, è possibile distinguere un aspetto cassatorio nel caso di accoglimento dell'appello nel merito (424). Il giudice dell'appello infatti, prima di rendere il iudicium rescissorium riformante il giudizio impugnato, emana un iudicium rescindens, ossia di annullamento del giudizio impugnato. La distinzione fra queste due fasi del giudizio d'appello ha valore teorico ed è priva di ripercussioni pratiche. Il codice prevede tuttavia che l'appello in determinati casi abbia ad esprimere effetto cassatorio, ossia che il giudizio impugnato venga annullato e la causa venga rinviata al iudex a quo per un nuovo giudizio.

Il codice concede alla parte pregiudicata da atti nulli o da un giudizio che le nega ingiustamente una restituzione in intero, la facoltà di chiedere, unitamente all'appello di merito, l'annullamento della

(422) Müller 14, Guldener 514.

(423) Cfr. Guldener 504. Parzialmente o integralmente.

(424) Gilles 16.

sentenza e il rinvio della causa al pretore per un nuovo giudizio" (425). La portata del disposto va esaminata più da vicino.

Anzitutto c'è da chiedersi se il iudex ad quem possa procedere ad un annullamento, con conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, anche in mancanza di una esplicita domanda dell'appellante. La questione è da risolvere positivamente nei casi in cui nel procedimento di prima istanza siano riscontrabili atti nulli (426). E' da notare che in determinati casi di nullità, il iudex ad quem non può nemmeno ordinare un rinvio al giudice inferiore ma deve limitarsi al giudizio di annullamento (427).

Qualora invece determinati atti del procedimento di prima istanza fossero soltanto annullabili, occorre un'esplicita domanda di annullamento da parte dell'appellante (428). Può inoltre chiedere l'annullamento del giudizio ed il rinvio della causa al primo giudice, la parte alla quale è stata ingiustamente negata una restituzione in intero (429). Entrano in considerazione unicamente i casi in cui il giudice di prima istanza ha negato la concessione dell'effetto sospensivo all'appello contro il decreto che respingeva la domanda di restituzione (430).

- (425) Art. 326 CPC; l'appellante deve indicare anche gli atti della procedura di prima istanza che devono essere annullati (art. 309 cpv. 4 CPC).
- (426) Art. 142 CPC: la nullità è rilevabile d'ufficio.
- (427) Per esempio nei casi di annullamento per incompetenza assoluta del giudice di prime cure.
- (428) Le possibilità di accoglimento di una simile istanza, considerati i limiti degli art. 143, 144 CPC ed il divieto di addurre nuove eccezioni in sede d'appello, sono alquanto ridotte.
- (429) Per omessa indicazione di fatti o produzione di prove (art. 138 CPC) o contro il lasso dei termini (art. 137 CPC).
- (430) Il giudice accorda effetto sospensivo all'appello, se ritiene che il rifiuto o l'ammissione della restituzione possano avere influenza determinante sul seguito della procedura e sul giudizio (art. 141 CPC).

Negli altri casi in cui all'appello contro tale decreto fosse stato accordato effetto sospensivo, è esclusa l'applicazione dell'art. 326 lit b). Infatti, o il iudex ad quem si è già pronunciato in precedenza sull'appello, o il decreto non è stato impugnato ed è quindi cresciuto in giudicato.

Il disposto non è che un'applicazione pratica del principio sopra esposto: l'accoglimento di appellazioni non sospensive di decreti processuali conduce, di regola, all'annullamento del procedimento ed in determinate circostanze, al rinvio della causa al primo giudice (431). Un rinvio è necessario quando un difetto può essere sanato solo dal giudice inferiore al fine di salvaguardare il principio del doppio grado di giurisdizione (432).

(431) Non v'è rinvio per esempio, nel caso di accoglimento dell'appello contro il decreto che respinge un'eccezione d'incompetenza territoriale.

(432) Cfr. Guldener 513.

9.4. Limiti del giudizio d'appello

Il giudice d'appello al pari del giudice di prime cure, è limitato nel suo giudizio dal principio di disposizione (433). La decisione impugnata può essere annullata o riformata soltanto nella misura in cui i suoi singoli dispositivi siano stati dedotti in appello.

Il iudex ad quem è vincolato dalle domande delle parti: non può accordare ad una parte più di quanto essa chiede o meno di quanto la controparte è disposta a riconoscere (434).

9.4.1. Divieto della reformatio in peius

Se da un lato il giudice dell'impugnazione non può andar oltre le domande formulate nel rimedio, d'altro canto non può giungere ad una decisione per l'appellante più sfavorevole di quanto già non fosse la decisione appellata. Nella peggiore delle ipotesi l'appellante deve attendersi la conferma della decisione impugnata.

Il divieto della reformatio in peius (435) non è sancito expressis verbis dal codice di rito, ma è deducibile e contrario dall'istituto dell'appello adesivo. Tale divieto non è assoluto, ma è limitato anzitutto dalla possibilità data alla controparte di appellare in via principale o adesiva.

L'istanza d'appello può inoltre annullare d'ufficio la decisione impugnata e rinviare la causa al giudice di prime cure, quando siano state manifestamente violate norme di procedura essenziali.

(433) Ne eat iudex ultra petita partium.

(434) Riservate le eccezioni derivanti dal principio della officialità.

(435) Guldener 497, Schönke 388 ss., Ricci 29 ss.

L'annullamento d'ufficio ed il rinvio per nuovo giudizio può comportare per l'appellante un pregiudizio maggiore della semplice conferma della decisione appellata. Il pretore al quale la causa è rinviata, è infatti vincolato alla motivazione giuridica espressa nei considerandi del giudizio d'annullamento e di rinvio, ma non è tenuto a concedere all'appellante almeno tanto quanto aveva concesso nel giudizio annullato (436). Occorre quindi esaminare più da vicino l'istituto dell'appello adesivo e quello dell'annullamento d'ufficio (437) nella loro funzione di limiti al divieto della reformatio in peius.

9.4.2. Appello adesivo

La denominazione di appello adesivo comprende tanto l'atto d'impugnazione del litisconsorte facoltativo, mediante il quale egli si associa all'appello dell'appellante principale, quanto il contro - appello della parte avversa (438).

L'istituto dell'appello adesivo (439), concepito quale limite al divieto della reformatio in peius, si fonda sulla considerazione che non di rado una parte è disposta ad accettare il giudizio del pretore, anche se non la soddisfa pienamente, a condizione che la controparte faccia altrettanto. La disciplina dei termini per appellare, nel caso di un appello introdotto all'ultimo istante della controparte, può tuttavia impedirle di impugnare a sua volta la decisione per proporre domande di modifica in suo favore.

(436). Müller 84, Guldener 499.

(437) Quest'ultimo verrà ancora ripreso trattando del ricorso per cassazione. Cfr. pag.172

(438) Denominato anche appello incidente, cfr. Bertoni memoria in RGP 1894.

(439) Il cosiddetto beneficium adhaesionis del diritto comune.

L'appello adesivo viene quindi in soccorso della parte sorpresa da un'impugnazione inoltrata dalla controparte, all'ultimo momento, concedendole un termine supplementare per appellare a sua volta. La parte appellata avrebbe altrimenti soltanto la possibilità di presentare le proprie osservazioni all'appello principale (440).

L'appello adesivo ha carattere accessorio (441). La sua sorte dipende strettamente da quella dell'appello principale: se l'appello principale viene ritirato o viene respinto in ordine, l'appello adesivo cade. La disposizione, nota al codice abrogato (442) e al secondo progetto (443), non è stata ripresa dalla commissione. Comunque, dato che l'attuale ordinamento dell'appello si ispira essenzialmente a quello del ricorso per riforma al TF (444), istituto che conosce il principio dell'accessorietà dell'appello adesivo (445), è da ritenere che anche nel nuovo codice, il destino dell'appello adesivo sia interamente connesso a quello dell'appello principale. Del resto, dall'esame dei verbali della commissione non emergono indizi che depongano a favore di un'intenzione innovatrice del legislatore.

Riguardo al contenuto dell'appello adesivo, ci si può chiedere se le domande ivi proposte debbano riferirsi unicamente ai punti dedotti in appello o se invece possano concernere anche dispositivi non impugnati dall'appellante principale (446).

(440) Guldener 499, Kummer 217, Ricci 56 ss., Baerlocher 63 s.

(441) A differenza ad esempio della riconvenzione cfr. art. 173 cpv. CPC.

(442) Cfr. art. 289 § CPC,

(443) Cfr. progetto 1958 art. 307 cpv. 3.

(444) Cfr. verbali, seduta del 20 aprile 1970.

(445) Art. 59 cpv. 4 OG, Birchmeier ad art. 59 OG.

(446) Sul principio della connessità cfr. Ricci 68.

La prassi ammette che l'appello adesivo si riferisca anche a dispositivi non impugnati dall'appellante principale (447).

Anche il TF non esige una connessione fra i punti dedotti in appello dall'appellante principale e quelli dedotti dal appellante in via adesiva (448) (449).

L'appello adesivo, sotto un altro aspetto, esplica quindi effetti in ordine alla crescita in giudicato dei singoli dispositivi, poiché ammettendo che i dispositivi non appellati crescano in giudicato allo scadere del termine per appellare, si dovrebbe altrimenti concludere in favore di una limitazione dell'appello adesivo ai singoli dispositivi dedotti in appello (450).

(447) RGP 1917, 418; nella motivazione non è affrontato il problema della crescita in giudicato dei dispositivi non appellati.

(448) SIF 65 II 253 c. 1, Birchmeier N 4 ad art. 59 OG.

(449) La questione è importante nelle cause in cui sono pendenti un'azione e una riconvenzione. Secondo la prassi citata la parte appellata può appellare in via adesiva il giudizio sulla riconvenzione anche se l'appellante principale ha impugnato unicamente il giudizio sulla sua azione (cfr. Ricci 71).

(450) La soluzione contraria equivarrebbe a conferire all'appello adesivo, nei confronti dei dispositivi non dedotti in appello e cresciuti in giudicato, un carattere di rimedio straordinario del tutto improprio alla natura fondamentale dell'appello.

9.4.3. Annullamento d'ufficio delle decisioni impugnate

Come esposto in precedenza, il divieto della reformatio in peius è limitato indirettamente dalla possibilità che l'istanza d'appello annulli d'ufficio la decisione e rinvi la causa al pretore per nuovo giudizio (451).

L'annullamento d'ufficio di decisioni del giudice di prime cure da parte del giudice di secondo grado è possibile soltanto nell'ambito del principio d'impugnazione (452), ossia soltanto nei casi in cui il procedimento è devoluto all'istanza superiore in seguito all'atto processuale di una parte (453). L'annullamento d'ufficio ha luogo soprattutto qualora nel procedimento di prima istanza non fossero dati i presupposti processuali o fossero state violate norme di procedura essenziali e di natura imperativa (454).

L'ordinamento dei casi di nullità, stabilito dal CPC, riprende e perfeziona quello precedentemente in vigore.

Gli atti di procedura sono nulli (455) anzitutto se emanano da un giudice incompetente o se difettano di un altro presupposto processuale. Sono pure nulli se la parte contro la quale l'atto è diretto non è stata messa in grado di rispondere (456)

(451) Cfr. sopra pagl49 Guldener 498.

(452) Il problema dell'annullamento d'ufficio e della nullità assoluta dei giudizi verrà ancora esaminato, trattando del ricorso per cassazione. Cfr. pag. cfr. anche RGP 1967, 125; nota a sentenza.

(453) Non è necessario che l'impugnazione sia proponibile in ordine e tantomeno che sia fondata. L'annullamento d'ufficio da parte dell'istanza superiore può aver luogo anche in caso di appello proposto contro un'ordinanza.

(454) Art. 101 CPC: "né le parti né il giudice possono adottare un modo di procedere diverso da quello stabilito dalla legge".

(455) Art. 142 CPC.

(456) Cfr. art. 84 CPC nonché 124 cpv. 7 CPC.

ed infine se la nullità è espressamente comminata dalla legge. La nullità deve essere rilevata d'ufficio (457) (458); il concetto di nullità contenuto nell'art. 142 CPC è tuttavia relativo. Infatti la nullità di un atto giudiziale contro il quale è dato il rimedio dell'appello o del ricorso per cassazione "può essere proposta soltanto nei limiti e secondo le forme stabilite per questi mezzi d'impugnazione (459)".

Per la dottrina invece, nullità di un atto giuridico significa inesistenza, difetto insanabile, incapacità assoluta di produrre effetti, rilevabile d'ufficio in ogni tempo (460). La contrapposizione che il codice fa tra atti nulli ad atti annullabili (461) non è del tutto conseguente: in entrambi i casi si tratta infatti di atti annullabili. La distinzione va piuttosto fatta fra gli atti annullabili d'ufficio e gli atti annullabili su istanza di parte.

La nullità assoluta di atti giudiziali non è disciplinata dal codice. Per distinguere gli atti giudiziali assolutamente nulli da quelli annullabili d'ufficio e da quelli annullabili invece solo su istanza di parte, occorre tener conto delle circostanze

- (457) Per esempio nel caso di violazione dell'obbligo di motivare le decisioni. Cfr. art. 285 cpv. 2° lit e) CPC (cfr. RGP 1973, 89).
- (458) Cfr. modifica del 25.3.1975 (in vigore dal 1.1.1976) dell'art. 142 CPC. In prassi andava già *praeter legem* (cfr. RGP 1974, 147 e 407) basandosi sull'art. 101 CPC, che tuttavia non commina espressamente la nullità.
- (459) Cfr. art. 146 CPC che sancisce la prevalenza del principio d'impugnazione sull'ormai sorpassato principio di nullità (cfr. nota a RGP 1967, 125).
- (460) Burkhardt *Methode und System des Rechts* 98, Jauerling, *das fehlerhafte Zivilurteil* I s., Imboden, *der nichtige Staatsakt*, 7 ss.
- (461) Cfr. marginali. L'art. 143 CPC istituisce il principio della sanzione sufficiente.

concrete, degli interessi in gioco, nonché dei vari principi applicabili alla materia (462). Del resto anche nei casi in cui il codice commina espressamente la nullità, dovrebbero essere possibili delle eccezioni. La sentenza che non contiene il dispositivo è da ritenere completamente nulla. Per contro, la sentenza che non contiene l'indicazione dei patrocinatori delle parti è da ritenere al massimo annullabile (463).

- (462) Principio della sanzione sufficiente, principio della buona fede processuale e divieto del "venire contra factum proprium"; principio dell'economia processuale.
- (463) Solo su istanza di parte entro i limiti dell'impugnabilità (art. 146 CPC) ed entro i limiti dell'art. 143 CPC, nonostante quanto dispongono gli art. 142 cpv. 1 lit c) e 285 cpv. 2 CPC. Anzi, è addirittura dubbio che sia annullabile, in considerazione del divieto di formalismo eccessivo istituito dall'art. 4 CF.

10. Atti di disposizione delle parti sull'azione o sull'appello

10.1. Transazione, desistenza e acquiescenza in sede d'appello

Nella misura in cui la causa è retta dal principio di disposizione, le parti possono disporre dell'oggetto dell'azione anche in sede d'appello, sia mediante atto unilaterale (acquiescenza o desistenza), sia mediante negozio giuridico bilaterale (transazione). L'attore può ritirare la domanda(464); l'atto di ritiro equivale a desistenza (465) ed esplica effetti di cosa giudicata (466). La domanda può essere riproposta solo qualora siano dati gli estremi della restituzione in intero, salvo i casi in cui il ritiro sia avvenuto in conseguenza di eccezioni formali o di inesigibilità sollevate dal convenuto (467).

Il convenuto, dal canto suo, può riconoscere l'azione (468) anche in sede d'appello; analogamente alla desistenza, anche l'atto di acquiescenza esplica effetti di cosa giudicata.

Le parti possono infine, mediante reciproche concessioni, giungere ad una transazione (469), anche se la causa è pendente in appello. Il codice dispone unicamente che in caso di transazione, acquiescenza o desistenza comunicate al giudice, questi ne dia atto alle parti e stralci la lite dal ruolo (470).

La decisione di stralcio della lite è un semplice provvedimento di trafila.

(464) Guldener 399 N 1, Walder Prozesserledigung 160 ss. e 171.

(465) Art. 77 cpv. 2 CPC.

(466) Art. 325 cpv. 1 CPC.

(467) Art. 353 CPC.

(468) Guldener, ibidem, Walder op. cit. 142 ss.

(469) Guldener, 393 ss., Walder op. cit. 149 ss.

(470) Art. 352 cpv. 2 CPC.

Il diritto positivo non disciplina il destino dell'appello nei casi di desistenza, transazione o acquiescenza. Il problema in pratica non si pone, dato che questi atti di disposizione sono generalmente accompagnati da un ritiro parziale o totale dell'impugnazione. Il giudizio appellato cresce quindi in forza di giudizio. Gli atti di disposizione sono anzitutto negozi giuridici del diritto privato ed esplicano solo indirettamente effetti processuali. Le parti modificano secondo la loro volontà la situazione giuridica stabilita dal giudizio impugnato.

10.2. Rinuncia, ritiro, riconoscimento dell'appello (471)

Il diritto di appellare non è che una facoltà delle parti. Si tratta, come per il diritto ad agire, di un effetto che emana di riflesso dal diritto oggettivo e non di un diritto pubblico soggettivo (472).

L'atto di disposizione delle parti sul cosiddetto diritto di appellare è un atto prettamente processuale anche se ha luogo all'infuori del processo (473).

10.2.1. Rinuncia all'appello

La dichiarazione di rinunciare ad appellare può essere esplicita o risultare da atti concludenti, come ad esempio dall'esecuzione spontanea del giudizio prima della scadenza del termine d'appello (474). Può essere espressa sia prima dell'emanazione del giudizio, sia successivamente, tanto unilateralmente quanto bilateralmente. In ogni caso essa dà alla parte interessata un'eccezione processuale capace di escludere il diritto di appellare della controparte. L'eccezione è da sollevare con l'atto di osservazioni all'appello ed in caso di contestazione deve poter essere istruita (475).

(471) Guldener 499 s., Helberg 30, Müller 48 ss., Gilles 2, 14, 17.

(472) Guldener 194 s.

(473) Analogamente la proroga del foro è un atto tipicamente processuale (cfr. Guldener 258).

(474) Cfr. RGP 1935, 416.

(475) Il codice non prevede un procedimento particolare per l'istruzione dell'eccezione; è da ritenere tuttavia che questa sia da esaminare alla stregua di un presupposto processuale.

La dichiarazione o la convenzione di rinuncia è ammissibile sia prima, sia dopo l'emanazione del giudizio nei limiti del principio di disposizione (476).

Per quanto riguarda l'estensione della rinuncia preventiva, è da tener presente che la volontà delle parti, in linea di massima, non giunge ad escludere la possibilità di censurare difetti gravi. La rinuncia va quindi interpretata restrittivamente soprattutto se è unilaterale.

10.2.2. Ritiro dell'appello

Il ritiro dell'appello costituisce un caso particolare di rinuncia all'impugnazione. Esso può avvenire in ogni tempo prima dell'emanazione del giudizio di secondo grado, tanto in cause rette dal principio inquisitorio, quanto in liti rimesse alla libera disposizione delle parti.

Con il ritiro cessano gli effetti dell'appello e la decisione impugnata cresce in forza di giudicato.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza (477), non è possibile ritirare l'appello al fine di reintrodurlo prima della scadenza dei termini. Il ritiro dell'appello comporta la crescita in giudicato della decisione impugnata anche se il termine per appellare non è ancora scaduto; questa conseguenza si verifica anche se i termini sono di ordine pubblico (478) e quindi sottratti alla libera disposizione delle parti.

(476) Cfr. Guldener ZSR 65, 228 ss., Walder, Prozesserledigung 169.
Nel caso di rinuncia dopo l'emanazione della sentenza, la limitazione derivante dal principio di disposizione può anche essere tralasciata (cfr. Guldener 501 N 98).

(477) Cfr. Guldener 500, STF 74 I 282, 83 II 61.

(478) RGP 1928, 410

Si potrebbe tutt'al più auspicare un'applicazione analogica delle disposizioni che regolano il ritiro dell'azione (479). Si dovrebbe in tal caso ammettere il ritiro condizionato qualora l'atto di appello non fosse ancora stato notificato alla controparte o in caso di consenso di quest'ultima.

L'appello non potrebbe tuttavia venir esteso a dispositivi inizialmente non impugnati (480).

10.3. Riconoscimento dell'appello

Non è possibile riconoscere l'appello in modo da obbligare il iudex ad quem ad accoglierlo, riformando la decisione impugnata senza procedere ad un esame dei presupposti e della fondatezza dell'impugnazione (481).

Il riconoscimento dell'appello può tuttavia significare un riconoscimento dell'azione o un ritiro della domanda a seconda della situazione processuale concreta.

(479) Art. 77 CPC.

(480) Cfr. art. 307 cpv. 2 CPC.

(481) Guldener 499.

II Il ricorso per cassazione

1. Il ricorso per cassazione quale mezzo d'impugnazione primario

Il ricorso per cassazione del CPC non è un mezzo d'impugnazione sussidiario.

Il diritto positivo ticinese eleva il ricorso per cassazione al rango di mezzo d'impugnazione primario nei confronti dei giudizi resi dai giudici di pace o dai pretori quali istanza unica. Il ricorso per cassazione è il rimedio d'elezione della cosiddetta procedura inappellabile.

Rispetto al ricorso per cassazione, gli altri rimedi proponibili contro le decisioni giudiziarie rese dai giudici di pace o dai pretori come istanza unica, quali la restituzione in intero contro le sentenze o l'interpretazione (1) (2) appaiono come mezzi d'impugnazione sussidiari.

- (1) Nei limiti in cui l'interpretazione possa essere considerata un rimedio.
- (2) La revisione non è proponibile come rimedio autonomo contro i giudizi resi secondo la procedura inappellabile. I motivi di revisione devono infatti esser fatti valere attraverso il ricorso per cassazione (art. 341 cpv. 1 CPC).

2. Il ricorso per cassazione quale rimedio straordinario

La crescita in forza di giudicato della decisione impugnata è considerata il criterio discriminante fra rimedi ordinari e rimedi straordinari.

La natura di rimedio straordinario del ricorso per cassazione è indirettamente desumibile dai combinati disposti degli art. 327 e 290 CPC.

Il ricorso per cassazione è infatti proponibile "contro le sentenze dei giudici di pace e dei pretori come istanza unica" (3). Le sentenze dei giudici di pace e quelle emanate dai pretori nell'ambito della loro competenza inappellabile sono esecutive dal giorno successivo a quello della loro notificazione (4). Al contrario di quanto avviene nel caso dell'appello, per iniziare l'esecuzione non occorre attendere la decorrenza del termine per proporre il ricorso per cassazione.

Non si tratta inoltre di un'esecutività di carattere provvisorio, come è il caso per determinate decisioni appellabili (5): l'esecuzione della decisione può essere chiesta ed aver luogo a tutti gli effetti di legge anche prima della scadenza del termine di ricorso.

E' noto che la crescita in giudicato formale costituisce la premessa essenziale per l'esecuzione di una decisione: quindi, dato che le sentenze dei giudici di pace e quelle dei pretori emanate in procedura inappellabile sono esecutive dal giorno successivo a quello della loro notificazione, è da ritenere che esse crescano in giudicato nel momento stesso in cui diventano esecutive (6).

Ne consegue che il ricorso per cassazione è da intendere come un rimedio rivolto anzitutto all'eliminazione della forza di cosa giudicata attraverso l'annullamento della sentenza. Esso è quindi da annoverare fra i rimedi straordinari.

(3) Art. 327 CPC.

(4) Art. 290 lit a) CPC.

(5) Cfr. art. 310 cpv. 2 e 4.

(6) In questo senso RGP 1974, 206; 1967, 134.

Il ricorso per cassazione, a differenza del procedimento di appello, che, per certi aspetti, non è che una continuazione del processo di prima istanza, porta all'apertura di nuovo procedimento, il cui scopo è anzitutto l'annullamento della decisione impugnata (7).

Nel procedimento d'appello la litispendenza del processo di prima istanza continua e si protrae in seconda istanza. Nel procedimento inappellabile, per contro, la litispendenza cessa al momento dell'emanazione della sentenza di primo grado. Contro un'identica azione proposta in pendenza di ricorso per cassazione, va quindi sollevata l'eccezione di cosa giudicata e non quella di litispendenza.

(7) Guldener 486, Läubli 30 e ss.

3. Il ricorso per cassazione quale rimedio devolutivo

Al pari dell'appello, il ricorso per cassazione esplica effetto devolutivo. La lite viene devoluta da un giudice di grado inferiore ad uno di grado superiore.

L'effetto devolutivo del ricorso per cassazione risulta chiaramente dal contesto delle norme che lo disciplinano, oltre che dai disposti della LOG (8).

Data la delicatezza e la gravità delle questioni insite in ogni singolo motivo di cassazione, appare logico demandare il sindacato su queste censure ad un giudice estraneo alla vicenda processuale, che sia in grado di offrire sufficienti garanzie di imparzialità e di correttezza nell'esame del rimedio.

Mentre con l'emanazione della sentenza il giudice di prime cure perde ogni competenza a giudicare della lite (9), con l'insinuazione del ricorso per cassazione il iudex ad quem è investito della competenza funzionale (10) a conoscere della lite e della decisione impugnata.

Per quanto riguarda l'estensione dell'effetto devolutivo, è da rilevare che le norme che disciplinano il ricorso per cassazione non contemplano né direttamente né indirettamente attraverso un rinvio, una norma analoga all'art. 307 cpv. 2 CPC, che limita l'effetto devolutivo ai soli dispositivi appellati (11).

Tale ordinamento è una delle conseguenze del principio di disposizione. Di per sé, quindi, non vi sarebbe motivo che induca a non ritenerlo valido in via di analogia anche nel ricorso per cassazione.

E' tuttavia da notare che il titolo di cassazione (12) spesso porta ad invalidare la sentenza nel suo complesso e che ciò mal si concilia con una limitazione dell'effetto devolutivo a singoli dispositivi esplicitamente impugnati (13).

(8) Cfr. art. 5, 13 22B LOG.

(9) Nemmeno per giudicare su domande di restituzione contro il lasso dei termini.

(10) 0 graduale.

(11) Tantum devolutum quantum appellatum (Läuchli N 11/115).

(12) P.es. l'incapacità di una parte o l'incompetenza.

(13) Cfr. Läuchli 115.

La questione va quindi risolta tenendo conto delle circostanze concrete del caso. Se sono state violate norme essenziali di procedura e di conseguenza è da invalidare tutto il procedimento che ha condotto alla sentenza, l'annullamento non potrà limitarsi ai singoli dispositivi impugnati, ma dovrà estendersi d'ufficio anche a quelli che non sono stati oggetto d'impugnazione.

Si può pertanto affermare che l'effetto devolutivo si estende nella misura in cui il motivo di cassazione invocato coinvolge i singoli dispositivi, indipendentemente da un'esplícita impugnazione.

3.1. Iudex a quo

Entrano in considerazione quali iudex a quo i giudici di pace, i pretori come istanza unica e le corti d'assise statuenti su domande civili adesive (14). Come detto, il ricorso per cassazione è il rimedio primario contro le decisioni dei giudici di pace o quelle emanate dai pretori come istanza unica, rispetto alle quali costituisce un surrogato alla mancanza dell'appello.

Il iudex a quo del ricorso per cassazione (15) può inoltre essere un arbitro giudiziale o un tribunale arbitrale (16).

(14) Art. 219 ss. CPP.

(15) Cfr. art. 36 e seg. del Concordato intercantonale sull'arbitrato. I titoli del ricorso per nullità contro il lodo arbitrale sono analoghi ai titoli di cassazione previsti dall'art. 327 CPC.

(16) Cfr. DL concernente l'adesione del Canton Ticino al Concordato intercantonale sull'arbitrato del 17.2.1971 art. 3 cpv. 3, RGP 1975, 308.

3.2. Iudex ad quem

Il ricorso per cassazione va rivolto alla camera di cassazione civile (CCC), una sezione del tribunale di appello coordinata alle altre.

A differenza dell'appello, dove, a seconda della materia, il iudex ad quem è la camera civile di appello (CCA) o la camera di esecuzione e fallimenti (CEF), nel caso del ricorso per cassazione questa dicotomia non esiste. I ricorsi, tanto in materia civile, quanto in materia di esecuzione e fallimento, vanno insinuati indistintamente alla camera di cassazione civile : non è dato un ricorso per cassazione alla camera di esecuzione e fallimenti.

Il ricorso per nullità contro decisioni di arbitri o di tribunali arbitrali va indirizzato per contro alla camera civile d'appello (17); questa particolare disposizione è una conseguenza del fatto che contro tali giudizi in linea di massima (18) non è dato il rimedio ordinario dell'appello.

(17) Concordato art. 2 cpv. 1

(18) In teoria le parti potrebbero accordarsi nel patto d'arbitrato sulla possibilità di appellazione contro il lodo del tribunale arbitrale (cfr. art. 24 del Concordato).

4. Il ricorso per cassazione quale rimedio non sospensivo

La distinzione fra rimedi sospensivi e rimedi non sospensivi avviene in base agli effetti dell'insinuazione del mezzo d'impugnazione, in ordine all'esecuzione della decisione impugnata.

Il ricorso per cassazione non sospende, in linea di massima, l'esecuzione della sentenza (19).

L'assenza di effetto sospensivo non è che una conseguenza logica del carattere di rimedio straordinario del ricorso.

La sentenza impugnabile mediante ricorso per cassazione è infatti esecutiva sin dal giorno successivo a quello della sua notificazione. Il legislatore ha ritenuto di dover escludere che l'insinuazione del ricorso per cassazione fosse di per sè sufficiente ad inibire gli effetti di forza di giudicato propri della sentenza impugnata. Quest'ultima, malgrado l'impugnazione, può essere eseguita anche durante il procedimento di seconda istanza.

Il presidente della camera civile di cassazione può tuttavia concedere effetto sospensivo al ricorso mediante particolare disposizione (20).

Si tratta, in sostanza, di un provvedimento presidiale di natura provvisoria.

L'emanazione del provvedimento deve essere esplicitamente richiesta del ricorrente.

Scopo precipuo della concessione dell'effetto sospensivo è quello di evitare che l'esecuzione della sentenza arrechi un pregiudizio eccessivo al ricorrente in caso di accoglimento dell'impugnazione.

(19) La sentenza del giudice inappellabile, anche se impugnata, costituisce un valido titolo esecutivo per il rigetto definitivo dell'opposizione.

(20) Art. 330 CPC.

Questi sarebbe infatti costretto a promuovere un'azione di restituzione (21) contro la parte avversa, dato che la CCC, nella decisione di accoglimento del ricorso e di riforma o di annullamento della sentenza impugnata, non può ordinare direttamente la restituzione (22).

Il presidente della camera non è vincolato dalle domande formulate dal ricorrente nell'istanza di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, se non nei limiti del principio di disposizione.

Il provvedimento è rimesso al potere discrezionale del giudice che può limitarlo, se lo ritiene opportuno, a singoli dispositivi della sentenza impugnata.

(21) In base all'art. 86 LEF.

(22) Guldener 487 in fine: una simile eventualità non appare compatibile con il divieto di addurre fatti nuovi in sede di cassazione (cfr. RGP 1968, 44; 1972, 327; 1974, 136).

5. Il ricorso per cassazione quale rimedio limitato

I rimedi illimitati permettono all'impugnante di continuare il processo in seconda istanza allargando la materia processuale con l'introduzione di cosiddetti nova (23). I rimedi limitati, per contro, vietano più o meno estesamente l'introduzione di nova nel processo di secondo grado.

Il carattere di rimedio straordinario, proprio del ricorso per cassazione, determina nel contempo la sua natura di rimedio limitato. Il procedimento di prima istanza si è infatti concluso con una sentenza cresciuta in giudicato e quindi esecutiva: il ricorso per cassazione non persegue il fine di riaprire il processo per continuarlo su basi allargate, ma si prefigge unicamente di permettere un controllo, peraltro incompleto, sulla sentenza e sul procedimento che l'ha preceduta. A differenza dell'appello (24), non esiste fra le norme che reggono il ricorso per cassazione un divieto esplicito del *ius novorum*. Dal silenzio del codice non si può tuttavia dedurre l'inesistenza: il divieto è implicito nella natura del rimedio.

Esso non è tuttavia rigido ed assoluto. Entro certi limiti, la produzione di nova deve infatti essere ammessa al fine di poter validamente sostanziare il fondamento del motivo di cassazione invocato (25).

Nell'indagine attorno ai limiti del *ius novorum* nella procedura d'appello, si è insistito sulla distinzione fra la materia dominata dalla massima di disposizione e dal principio attitatorio da un lato e materia dominata dal principio inquisitorio dall'altro (26).

(23) Nuove domande, nuovi fatti, nuove prove, nuove contestazioni ecc.

(24) Cfr. art. 322 CPC.

(25) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 67. Non è possibile, ad esempio, invocare il titolo di cassazione dell'art. 327 lit b), senza affermare l'incapacità processuale e offrire le relative prove.

(26) Cfr. pag. 79 e 91 ss

Esaminando il ricorso per cassazione, la distinzione viene a perdere della sua importanza per l'assenza delle cause di stato, escluse dalla procedura inappellabile. Anche in quest'ultima comunque, l'accertamento dei presupposti processuali è retto dal principio dell'ufficialità.

Nova sono pertanto da ammettere, nell'ambito dei titoli di cassazione, nella misura in cui essi siano rivolti a denunciare il difetto di un presupposto processuale.

Nella procedura per azioni derivanti da contratto di lavoro (27) il codice conferisce al giudice inappellabile ampi poteri inquisitori in materia di prove (28). Non sembra tuttavia di doversi concedere al ricorrente la facoltà di sottoporre all'istanza superiore nuove prove non addotte in prima istanza (29).

Nuove allegazioni di fatto, nuove prove, nuove contestazioni o nuove domande (30) di merito sono altrimenti rigidamente escluse dal procedimento di cassazione in quanto improponibili.

(27) Art. 416 ss. CPC.

(28) Art. 417 lit c) CPC: " il giudice procede d'ufficio a tutte le indagini necessarie per stabilire i fatti decisivi di causa; egli non è vincolato dalla domanda di prova delle parti ".

(29) Una simile concessione non si concilia con la natura straordinaria del rimedio.

(30) E' tuttavia da ammettere la proponibilità di domande di restituzione contro il lasso dei termini. Parimenti deve essere ammessa la possibilità di far valere una modificazione dell'oggetto litigioso avvenuta indipendentemente dalla volontà dell'attore, al fine di chiedere l'oggetto surrogato o la rifusione dei danni applicando in via d'analogia l'art. 322 CPC in combinazione con l'art. 75 CPC.

6. Il ricorso per cassazione quale rimedio incompleto

Mentre i rimedi completi permettono la censura di qualsiasi vizio insito nella decisione (31), i mezzi d'impugnazione incompleti non ammettono che una critica limitata a determinati e specifici difetti.

La caratteristica di rimedio incompleto del ricorso per cassazione - sicuramente la più importante - emerge chiaramente dall'art. 327 CPC. Soltanto determinati e dal codice ben specificati vizi della decisione abilitano alla sua impugnazione mediante ricorso per cassazione.

Anche i motivi di cassazione possono essere suddivisi secondo la distinzione fra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*. Nei primi il vizio risiede in una violazione di norme procedurali, nei secondi per contro è erronea la correlazione tra il fatto accertato e la conseguenza di diritto dedotta.

Tanto l'*error in procedendo*, quanto quello in *iudicando* possono essere determinati da un errore nell'accertamento dei fatti (33) oppure da un errore nell'applicazione delle norme giuridiche (33) (34).

La natura di rimedio incompleto del ricorso per cassazione può esser considerata un corollario di quella di rimedio straordinario. Trattandosi di un rimedio diretto contro sentenze cresciute in giudicato, ben si giustifica la limitazione delle possibili censure ai vizi più gravi ed evidenti.

I titoli di cassazione previsti dall'art. 327 CPC possono esser raccolti in differenti gruppi a seconda della loro natura.

I primi titoli (35) si riferiscono a violazioni in materia di presupposti processuali.

(31) Sia degli *errores in procedendo*, sia degli *errores in iudicando*.

(32) *Error in facto*.

(33) *Error in iure*.

(34) Läubli 51.

(35) Art. 327 lit a,b,c,d) CPC.

Il motivo previsto dall'art. 327 lit e) ha per fondamento un diniego formale di giustizia (36), mentre il titolo di cui all'art. 327 lit f) si riallaccia ai motivi di revisione.

L'ultimo motivo infine ha praticamente per oggetto un diniego materiale di giustizia (37).

6.1. Cassazione e nullità

Prima di procedere all'esame dei singoli motivi di cassazione, è opportuno richiamare alcune considerazioni generali a proposito delle norme del codice che regolano la nullità e l'annullabilità degli atti di procedura.

Analizzando la prassi della Camera di Cassazione Civile precedente l'entrata in vigore del nuovo CPC, si può infatti constatare l'esistenza di una cassazione d'ufficio (38) di atti procedurali irri-
tti. Ciò era dovuto soprattutto alla mancanza di un titolo di cassazione attraverso il quale si potessero censurare la violazione di norme procedurali, non contemplata comè titolo di cassazione autonomo dall'art. 320 dell'abrogato CPC (39).

(36) Violazione del diritto di esser sentiti.

(37) Cfr. sulla distinzione formelle/ materielle Rechtsverweigerung la prassi e la dottrina relativa all'applicazione dell'art. 4 CF.

(38) Questo genere d'intervento dell'istanza superiore era assimilabile ad una cassazione d'ufficio. L'istanza pronunciava infatti l'annullamento del giudizio impugnato e, per quanto necessario, del procedimento che lo precedeva, anche se ne era chiesta soltanto la riforma. Il termine "d'ufficio" in questo contesto non sta a significare che la CCC intervenisse spontaneamente: un'impugnativa era comunque necessaria.

(39) Cfr. RGP 1935, 230.

Il caso più frequente in cui la CCC, adita mediante ricorso per cassazione, pronunciava d'ufficio l'annullamento del giudizio impugnato, si verificava quando le parti o il giudice adottavano un modo di procedura diverso da quello previsto dalla legge (40).

L'inosservanza del divieto di procedere in modo irritato era sanzionato dalla nullità in tutti i casi in cui la violazione della forma avesse arrecato alla parte avversa un pregiudizio non altrimenti riparabile che con l'annullamento dell'atto (41).

Il concetto di nullità posto alla base del CPC 1924 non era tuttavia chiaramente definito e non corrispondeva, nella maggior parte dei casi, al concetto classico di nullità, equivalente a inesistenza assoluta dell'atto giuridico, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni tempo. La prassi della CCC in materia di atti irritati, inoltre non era sempre costante (42).

Il nuovo codice ha ripreso in parte l'ordinamento del CPC 1924 in tema di atti nulli (43), perfezionandolo e mettendolo in consonanza con il sistema dei mezzi d'impugnazione.

Sono nulli gli atti di procedura emanati in difetto di un presupposto processuale o contro una parte che non è stata messa in condizioni di rispondere (44). La nullità deve essere rilevata d'ufficio (45) ma, se riguarda una sentenza "contro la quale è dato il rimedio dell'appello o della cassazione, può esser proposta soltanto nei limiti e nelle forme stabiliti per questi mezzi d'impugnazione" (46).

(40) Cfr. RGP 1972, 310, 347; 1941, 512; 1939, 469; 1925, 544 art. 38 del CPC 1924.

(41) Cfr. art. 380 cfr. 2 CPC 1924.

(42) Cfr. per esempio RGP 1925, 188 e 1927, 737.

(43) Cfr. art. 142 ss. CPC e art. 380 ss. CPC 1924.

(44) Art. 142 cfr. 1 e 2 CPC.

(45) Art. 142 cfr. 3 CPC

(46) Art. 146 CPC 7.

Si tratta quindi di una nullità relativa, rilevabile d'ufficio, da contrapporre al concetto di annullabilità (47), rilevabile soltanto se eccepita.

Esistono tuttavia anche casi di nullità assoluta ed insanabile, che il codice non disciplina. In questo contesto, va messa in evidenza la discrepanza esistente fra i casi - disciplinati dal codice - di nullità relativa, rilevabile nei limiti di un'impugnazione, ed i casi di nullità assoluta, rilevabile in ogni tempo. In altri termini, va risolta la questione a sapere se la decorrenza infruttuosa del termine d'impugnazione e l'inattività della parte interessata sani qualsiasi vizio della sentenza o del procedimento che la precede, o se invece esistono motivi di nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni tempo. Non esiste un criterio di distinzione universalmente valido; la soluzione deve essere piuttosto ricercata in base alle circostanze concrete del caso particolare, tenendo conto dell'interesse generale alla sicurezza della disciplina giuridica, in contrapposizione all'interesse del singolo ad una decisione giusta. Non va inoltre dimenticata la struttura del codice, basata sul sistema dell'impugnazione e non sul principio di nullità, tipico del diritto processuale romano.

In quest'ottica, si deve ritenere prevalente il principio per cui la mancata impugnazione sani la maggior parte dei vizi di una sentenza rendendola inopugnabile (48).

Solo in casi eccezionali, quando la gravità del vizio e l'interesse pubblico coinvolto lo esigono, va data la preferenza al principio di nullità (49).

(47) Art. 143 CPC.

(48) Cfr. nota critica Dr. Creazzo in RGP 1967 p.125.

(49) Cfr. Jauerling, Carnelutti, Diritto e processo 227 ss.

6.2. Titoli di cassazione

6.2.1. Art. 327 lit a): sentenza emanata da un
----- giudice incompetente -----

Questo titolo di cassazione riprende integralmente l'art. 320 lit a) del codice precedente.

La competenza del giudice adito è un presupposto processuale che il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio (50).

Il difetto di competenza del giusdicente può, in determinati casi, costituire motivo di cassazione. Circa l'ordinamento delle competenze si impongono alcune considerazioni preliminari.

Il diritto positivo distingue vari tipi di competenze: quella territoriale, quella per materia e per valore e quella funzionale (o graduale) (51).

A. Competenza territoriale

Nell'ambito dei principi che disciplinano la competenza territoriale occorre distinguere le norme che si riferiscono a fori derogabili ed inderogabili, da quelle che regolano i fori facoltativi o esclusivi.

Un foro è inderogabile quando è esclusa qualsiasi proroga per convenzione o per disposizione di legge. Esso è quindi imperativo.

Non necessariamente tuttavia un foro inderogabile è anche esclusivo (52). Un foro è esclusivo quando la legge mette un solo foro a disposizione dell'attore (53).

(50) Art. 97 cfr. 3 CPC.

(51) La competenza graduale attribuisce ad ogni istanza specifiche funzioni giudicanti, distinguendo fra giudici di prima e di seconda istanza in base al principio del doppio grado di giurisdizione. Deroghe a questo principio sono previste unicamente dagli art. 302 e ss. CPC.

(52) Cfr. il foro dell'azione di paternità art. 312 CCS. Il foro è facoltativo ma inderogabile (nonostante l'art. 22 cpv. 2 CPC); per contro il foro dell'art. 86 LEF è facoltativo e prorogabile.

(53) p.es. il forum hereditatis art. 518 CCS.

Un foro è invece derogabile, ossia facoltativo, quando la legge ammette la proroga del foro, sia mediante esplicito accordo fra le parti (54), sia ope legis (55), nei casi in cui il convenuto, chiamato a rispondere davanti ad un giudice incompetente, entri nel merito della lite senza eccepire l'incompetenza del giudice adito.

L'art. 22 cpv. 3 CPC stabilisce che la proroga del foro non è ammessa se la legge prevede un foro esclusivo (56). Di conseguenza il CPC dichiara imperativi tutti i fori esclusivi.

Non sempre l'incompetenza territoriale del giudice adito si configura nel titolo di cassazione dell'art. 327 lit a) CPC. Questo motivo di cassazione è dato soltanto in certi casi. Anzitutto quando è stata violata una norma istitutiva di un foro imperativo, ossia quando il giudice, a torto, si è ritenuto competente ed ha emanato una sentenza di merito. Il titolo di cassazione è dato anche se il convenuto ha omissso di sollevare l'eccezione d'incompetenza territoriale ed è entrato nel merito della lite.

Nel caso di fori derogabili invece, nella violazione delle disposizioni di legge sulla competenza territoriale sono ravvisabili gli estremi del titolo di cassazione, unicamente quando il convenuto si sia visto a torto respingere l'eccezione d'incompetenza territoriale sollevata oppure quando sia stato precluso senza entrare nel merito della lite ed il giudice abbia emanato una sentenza di merito

(54) Art. 22 cpv. 1 lit a) CPC.

(55) Art. 22 cpv. 1 lit b) CPC.

(56) Il termine esclusivo è usato nel senso di imperativo, altrimenti occorrerebbe ammettere la possibilità di una proroga del foro dell'azione di paternità, dato che lo stesso non è esclusivo ma alternativo.

nonostante il difetto di competenza (57).

B. Competenza per materia e per valore

La competenza per materia o per valore è di natura imperativa.

La legge non prevede alcuna possibilità di derogare alle norme che disciplinano la competenza *ratione materiae*. Le norme di rito che reggono la forma dei giudizi e la relativa procedura sono infatti d'ordine pubblico e non possono essere modificate né dal giudice, né dalle parti (58).

L'inosservanza delle disposizioni di legge disciplinanti la competenza per materia conduce pure al titolo di cassazione previsto dall'art. 327 lit a) CPC (59). Già si è detto dei problemi che insorgono a proposito della distinzione fra decisione nulla e decisione annullabile. Nell'ambito specifico dell'incompetenza del

quale motivo di cassazione, occorre tener presente il concorso di due disposti di legge: da un lato quello che stabilisce che gli atti di procedura sono nulli se emanano da un giudice incompetente (60); dall'altro quello che stabilisce che la nullità dev'essere rilevata d'ufficio (61). In entrambi i casi non

(57) Dalla preclusione del convenuto che non entra nel merito della lite non deriva nessuna competenza al giudice adito. Questi è tenuto ad esaminare d'ufficio la propria competenza, tanto nel caso di fori derogabili, quanto nel caso di fori inderogabili.

Al convenuto che si vede respingere l'eccezione d'incompetenza territoriale, è consigliabile entrare nel merito della lite in via eventuale. La decisione che respinge l'eccezione non è impugnabile autonomamente ma solo attraverso l'impugnazione del giudizio di merito.

(58) RGP 1942, 472.

(59) Per la giurisprudenza cantonale cfr. p.es. RGP 1972, 310; 1967, 125; 1927, 733 e 737.

(60) Art. 142 lit a) CPC

(61) Art. 142 cpv. 2 CPC.

si tratta di nullità nel senso stretto del termine ma piuttosto di annullabilità. La sentenza emanata da un giudice incompetente, contro la quale è dato rimedio dell'appello o della cassazione, può infatti essere proposta soltanto nei limiti e secondo le forme stabilite per questi mezzi d'impugnazione (62).

Strettamente connessa alla questione della competenza è quella della scelta della procedura. Alle competenze *ratione materiae* e *valoris* del giudice di pace e del pretore come istanza unica, fa riscontro il tipo di procedura disciplinato dagli art. 291 ss CPC, mentre alla competenza cosiddetta appellabile del pretore corrisponde la procedura ordinaria.

La violazione di norme sulla competenza *ratione materiae* e *ratione valoris* può comportare una violazione delle norme che prescrivono il tipo di procedura da adottare. In questi casi, alla violazione delle norme sulla competenza, si accompagna la violazione del principio che vieta alle parti e al giudice di adottare un modo di procedere diverso da quello stabilito dalla legge (63). Malgrado che il disposto istituyente il divieto non commini la nullità in caso di violazione, la CCC è giunta sovente a sanzionare la sua inosservanza con l'annullamento d'ufficio del giudizio impugnato (64).

Nel nuovo codice, la portata del principio è limitata dall'art. 143 CPC, il quale prescrive l'annullamento degli atti irriti solo se la violazione della forma arreca alla parte avversa un pregiudizio che non si può riparare altrimenti che con l'annullamento (65).

(62) Art. 146 CPC.

(63) Art. 101 CPC.

(64) Cfr. RGP 1972, 310 e 347.

(65) Principio della sanzione sufficiente cfr. RGP 1956, 427; 1929, 168.

Anche nel caso di violazione di norme sulla competenza si può dire che non esiste un criterio universalmente valido che permetta di distinguere i vari casi di nullità - da quella assoluta rilevabile d'ufficio in ogni tempo, a quella relativa, rilevabile soltanto nei limiti di un impugnazione (66) - dai casi di annullabilità rilevabile solo se eccepita (67).

In simili casi è necessario far capo ai principi generali del diritto processuale, tenendo conto delle circostanze concrete.

Non si potrà evitare di dichiarare nulla la sentenza, emanata dal pretore in una causa di stato trattata secondo gli art. 291 ss. CPC, anche se è trascorso infruttuosamente il termine di ricorso.

E' per contro giustificabile una volta spirato il termine dell'impugnazione ritenere inopugnabile la sentenza del pretore, emanata secondo la procedura ordinaria in una lite di valore inferiore a quello appellabile. Le maggiori garanzie offerte dalla procedura ordinaria non hanno certo arrecato pregiudizio alcuno alle parti in lite.

Ma anche nel caso inverso, in cui il giudice di pace avesse pronunciato, nella procedura cosiddetta inappellabile, in una lite di valore eccedente la sua competenza, vi sono fondati motivi per escludere qualsiasi possibilità di annullamento della sentenza una volta trascorso il termine del ricorso per cassazione e ritenerla valida a tutti gli effetti (68).

(66) Cfr. art. 146 CPC.

(67) Cfr. art. 143 CPC.

(68) A condizione che la natura della lite non implichi interessi pubblici preminenti e degni di protezione ad oltranza.

Sotto il titolo di cassazione dell'art. 327 lit a) cade anche l'assenza di giurisdizione (69). La giurisdizione è un presupposto processuale (70) il cui difetto comporta la nullità della procedura (71) (72).

6.2.2. Art. 327 lit b): sentenza negante a torto la
----- competenza -----

Questo motivo di cassazione, sconosciuto al codice abrogato, è stato introdotto per colmare una lacuna di legge (73).

Per certi aspetti, esso non è altro che un correlativo del titolo previsto dall'art. 327 lit a). La decisione che nega la competenza è di natura processuale. Si tratta di una decisione nettamente d'ordine che respinge la domanda di merito senza esaminarne il fondamento.

Dato il sistema previsto dall'art. 100, che prescrive la forma del decreto per le decisioni d'ordine - in contrapposizione alla forma della sentenza, prevista per le decisioni di merito - possono insorgere dubbi circa l'impugnabilità (74), quanto alla forma, di decisioni che negano la competenza del giudice adito. La questione verrà esaminata più oltre nell'ambito dell'indagine attorno alle decisioni impugnabili mediante ricorso per cassazione (75).

Per il momento, è sufficiente ritenere che la decisione che a torto nega la competenza, sia perchè accoglie un'eccezione di incompetenza, sia perchè il giudice è giunto a questa conclusione esaminando d'ufficio i presupposti processuali, può esser impugnata mediante ricorso per cassazione, indipendentemente dalla sua forma.

- | | |
|--|------------------------|
| (69) Rechtsweg | (70) Art.97 cfr.1 CPC. |
| (71) Art.142 CPC. | (72) RGP 1967, 125. |
| (73) Cfr. tuttavia RGP
1927, 735 | |
| (74) Attraverso il ricorso per cassazione. | |
| (75) Cfr. pag.195 | |

L'incompetenza può derivare dalla legge, come pure da una clausola arbitrale o da una convenzione di proroga del foro (76).

Il titolo di cassazione può infine essere invocato nel caso in cui, a torto, venisse negata la giurisdizione (77).

6.2.3. Art. 327 lit c): sentenza pronunciata da un giudice la cui esclusione o ricusazione dovevano essere ammesse -----

Il motivo di cassazione riprende in forma modificata l'art. 320 lit b) del vecchio codice, adeguandolo alla procedura di esclusione e di ricusazione disciplinata dagli art. 26 ss. CPC. Mentre l'esclusione ha luogo per iniziativa del giudice, spetta alle parti promuovere il procedimento di ricusazione.

Una decisione da parte di un magistrato di grado superiore ha luogo solo in caso di contestazione. Le parti possono contestare l'intenzione di escludersi manifestata dal giudice; questi invece, sentita la controparte, può rifiutare di ammettere il motivo di ricusazione fatto valere da una parte.

Il giudizio del giudice competente giusta l'art. 30 non è impugnabile direttamente, ma può essere contestato dopo la decisione finale invocando l'art. 327 lit c) CPC.

Il titolo di cassazione dell'art. 327 lit c) è limitato dall'art. 29 cpv. 4 CPC: il diritto a ricusare il giudice si estingue, se la parte interessata, venuta a conoscenza del motivo di ricusazione, è passata o ha espressamente o tacitamente lasciato perdere anche il diritto di

(76) Può trattarsi tanto di competenza *ratione loci* quanto di competenza *ratione materiae et valoris*.

(77) *Rechtsweg*.

invocare il titolo di cassazione dell'art. 327 lit c) CPC. Diversa è per contro la soluzione nei casi di esclusione. La rinuncia della parte o prevalersi della facoltà concessale dall'art. 28 cpv. 3, nel caso in cui il giudice ometta di escludersi, non pregiudica il suo diritto ad invocare l'art. 327 lit c). Una riserva va evidentemente fatta nel caso di abuso di diritto (78).

6.2.4. Art. 327 lit d): sentenza pronunciata contro una persona civilmente incapace senza che fosse legalmente rappresentata -----

Il titolo di cassazione ricalca invariato l'art. 320 lit c) del passato codice di rito.

La capacità processuale delle parti e la legittimazione dei loro rappresentanti è considerata un presupposto processuale (79). Qualora abbia motivo di dubbio, il giudice deve procedere d'ufficio al suo accertamento.

La capacità civile è disciplinata dal diritto materiale federale (80): ad essa è correlativa la capacità processuale, ossia la facoltà di procedere in lite con atti propri, che la legge accorda ad ogni persona avente l'esercizio dei diritti civili, nonché alle società in nome collettivo ed a quelle in accomandita (81).

Il CPC stabilisce che le persone civilmente incapaci e quelle inabilitate debbano essere rappresentate, assistite o autorizzate al processo, a nome delle leggi che regolano il loro stato e la loro incapacità.

La violazione dell'art. 38 CPC o l'inosservanza di altri disposti relativi alla capacità processuale (82) costituisce motivo di cassazione.

(78) Art. 163 CPC. (79) Art. 97 CPC.

(80) Art. 11 e 12 CCS. (81) Art. 38 CPC.

(82) Cfr. p.es. art. 105 CPC.

Non dà luogo invece a cassazione, per il titolo dell'art. 327 lit d), l'inosservanza dell'art. 39 cpv. 2 CPC. Questo disposto autorizza, ma non obbliga, il giudice, che ritiene una persona incapace di proporre e di discutere con la necessaria chiarezza la propria causa, a diffidarla a munirsi di un patrocinatore, con la comminatoria di stralcio della lite, se la parte è attrice, e della nomina di un avvocato d'ufficio se è convenuta (83). In questi casi, non è in gioco la capacità civile della parte ma la capacità di fatto a condurre il processo. Si tratta inoltre di una facoltà e non di un obbligo del giudice.

6.2.5. Art. 327 lit e) diniego formale di giustizia

Anche questo titolo di cassazione è stato ripreso nella sua sostanza dal CPC del 1924.

Il motivo di cassazione dell'art. 327 lit e) è in parte analogo al titolo di nullità previsto dall'art. 142 cpv. 1 lit b) CPC.

Come già rilevato in precedenza, non si tratta di una nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni tempo, ma di una nullità relativa rilevabile unicamente nei limiti di un'impugnazione. Caratteristica predominante è la violazione del diritto costituzionale ad essere sentiti (84).

Questo diritto delle parti non è assoluto, ma sussiste unicamente nei limiti delle singole disposizioni del CPC, contenute in gran parte nel titolo disciplinante la procedura davanti ai giudici di pace ed ai pretori come istanza unica (85). Oltre a queste norme, in via sussidiaria, sono applicabili le disposizioni generali disciplinanti il procedimento (86).

(83) Da ricordare che il patrocinio di avvocati non è ammesso nelle cause di competenza del giudice di pace (art. 301 CPC).

(84) Art. 4 CF. (85) Art. 291 ss. CPC.

(86) Art. 70 ss. CPC.

L'esigenza di un procedimento ordinato e disciplinato pone precisi limiti al diritto di esser sentiti (87).

La dottrina ha suddiviso la ricca e svariata giurisprudenza in materia di diniego di giustizia formale in differenti gruppi di casi (88).

In primo luogo sono, da menzionare i casi in cui alla parte al beneficio del diritto di esser sentita è stata tolta la possibilità di far valere le proprie ragioni, sia direttamente, non concedendole ad esempio la parola, sia indirettamente, omettendo di invitarla a prendere posizione sulle adduzioni della controparte (89).

Il diritto ad esser sentiti implica inoltre il dovere per il giudice di prendere posizione sulle singole adduzioni e contestazioni di parte. Il giudice, che omette di prendere in considerazione fatti rilevanti addotti dalle parti, incorre nella censura di violazione del diritto di esser sentiti (90).

Un terzo gruppo di casi di diniego di giustizia formale viene configurato dalla giurisprudenza nel rifiuto immotivato di mezzi di prova (91). Il diritto positivo ticinese disciplina esplicitamente questa problematica, integrandola nel titolo di cassazione dell'art. 327 lit e).

Il rifiuto arbitrario e ingiustificato dei mezzi di prova necessari dà luogo a cassazione della sentenza (92).

(87) P.es. le norme sulla preclusione.

(88) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 106 ss.

(89) Cfr. RGP 1961, 183.

(90) Cfr. RGP 1973, 89; 1963, 75; 1943, 242; 1937, 469 cfr. tuttavia 1913, 358 la presa di posizione deve inoltre essere motivata in modo sufficiente.

(91) Cfr. Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 109.

(92) Cfr. RGP 1974, 130; 1913, 629.

Il giudice è tenuto a stabilire a verbale i fatti che devono essere provati e i mezzi di prova ammessi (93). La norma è correlativa a quanto dispone l'art. 182 CPC per la procedura ordinaria.

Perchè si verifichi il titolo di cassazione, è necessario anzitutto che la prova sia stata formalmente offerta in modo preciso e concreto ed esplicitamente rifiutata dal giudice. La prova offerta deve inoltre esser stata rilevante ed atta a risolvere un fatto controverso. Talvolta, l'effettiva rilevanza di una prova emerge soltanto dopo che la stessa è stata esperita; tuttavia, non può essere negata al giudice la facoltà di valutare anticipatamente la concludenza della prova offerta, rifiutandosi di ammetterla se la stessa è manifestamente inconcludente e irrilevante.

Il rifiuto della prova deve inoltre apparire arbitrario. In linea di massima, sono dati gli estremi dell'arbitrio, quando il rifiuto della prova appare del tutto immotivato oppure corredato da una motivazione insostenibile ed in urto alle più elementari regole della logica.

La dottrina distingue infine un ultimo gruppo di casi di diniego di giustizia formale: vi è violazione del diritto di esser sentiti nei casi di manifesta ed erronea applicazione di principi procedurali (94).

Con la revisione dell'art. 320 lit f) del codice abrogato (95) e la sua estensione alla violazione di norme di diritto formale, quest'ultima distinzione ha perso parte della sua importanza nell'ambito di questo titolo di cassazione. L'applicazione manifestamente erronea

(93) Art. 296 CPC.

(94) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 112.

(95) Corrispondente all'attuale art. 327 lit g) CPC.

di norme del diritto formale cade infatti sotto gli estremi dell'art. 327 lit g) CPC.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, il campo di applicazione di questo particolare aspetto del titolo di cassazione dell'art. 320 lit e) era stato allargato dalla prassi giudiziaria ticinese oltre gli stretti limiti posti da altre giurisprudenze cantonali (96).

L'interpretazione estensiva dei titoli di cassazione ad opera della prassi giudiziaria può essere criticabile dal profilo dottrinale. Da un punto di vista pratico tuttavia non va dimenticato che, contro le sentenze emanate in procedura inappellabile non è dato altro rimedio all'infuori del ricorso per cassazione. La prassi adottata quand'era ancora in vigore il vecchio codice, dal profilo della realizzazione dell'ideale di giustizia risultava quindi comprensibile e giustificabile.

6.2.6. Art. 327 lit f): titoli di revisione quali
titoli di cassazione

Anche nel nuovo codice, i titoli che danno luogo a revisione di una sentenza costituiscono altrettanti titoli di cassazione. I singoli motivi verranno trattati nel capitolo dedicato all'esame del rimedio della revisione, al quale si rinvia (97). In quest'ambito è sufficiente ricordare che i motivi di revisione possono talvolta sovrapporsi a quelli di cassazione (98). La sentenza che omette di pronunciare su domande formulate è viziata ed impugnabile, sia quale diniego di giustizia formale (99), sia per il motivo di revisione disciplinato dall'art. 340 lit a), sia quale violazione di una norma

(96) Lächli 64.

(97) Cfr. pag. 213 e 217 ss.

(98) Cfr. RGP 1925, 247; il problema è tuttavia superato dal nuovo CPC.

(99) Cfr. art. 327 lit e) CPC.

di diritto formale. Lo stesso dicasi nei casi in cui il giudice pronunci ultra petita (100). Analogamente, l'errore di fatto risultante dagli atti di causa (101) può essere censurato quale arbitraria valutazione delle prove (102).

L'art. 327 lit f) CPC conduce in pratica ad ampliare e ad allungare l'elenco dei titoli di cassazione. La procedura di revisione di sentenze inappellabili è infatti quella propria del ricorso per cassazione (103).

6.2.7. Art. 327 lit g): manifesta violazione di norme
----- e di accertamenti (104) -----

In questo titolo di cassazione sono stati raggruppati i motivi previsti dagli art. 320 lit f, g, h) del passato codice; è stata inoltre aggiunta ed elevata a titolo di cassazione la valutazione manifestamente erronea delle prove. Dato che qualsiasi vizio da cui è affetta una decisione giudiziale può esser ricondotto, in ultima analisi, ad una violazione di norme giuridiche, occorre determinare con precisione i limiti di questo motivo di cassazione.

(100) Cfr. art. 86 e 327 lit g) CPC, RGP 1939, 471.

(101) Cfr. art. 340 lit d) CPC.

(102) Cfr. art. 327 lit g) CPC.

(103) Cfr. art. 341 CPC.

(104) La riforma del CPC del 1.1.1976 ha lasciato cadere il requisito dell'arbitrio: la violazione manifesta è sufficiente. Cfr. messaggio del consiglio di stato del 22. 5. 1974. A giustificazione di tale innovazione il messaggio sostiene che in sede di cassazione non sarebbero applicabili i "principi della violazione arbitraria del diritto che fanno stato in materia di ricorso al TF per violazione dell'art. 4 CF".

A Violazione manifesta di norme del diritto
materiale o formale

Affinché siano dati gli estremi dal titolo di ricorso, è anzitutto necessario che la sentenza contenga un error in iure, ossia la violazione di una norma di diritto materiale o formale. La conseguenza giuridica espressa dalla sentenza impugnata deve essere il frutto della mancata o errata applicazione della norma giuridica attagliantesi alla fattispecie concretamente accertata. Il giudice deve essere incorso in un errore nella costruzione del sillogismo. Questo può risiedere nell'interpretazione inesatta di una norma correttamente ritenuta applicabile, come pure nell'applicazione esatta di disposti ritenuti a torto confacentisi al caso.

Il giudice può aver misconosciuto il significato del contenuto di una norma o dedotto conseguenze errate dall'applicazione della norma di per sé applicabile; questione di diritto è anche quella a sapere se dal confronto del caso concreto ed individuale con la norma astratta e generale è stata dedotta la conseguenza logica esatta (105).

L'inclusione delle violazioni di norme di diritto formale nel titolo di cassazione costituisce un'innovazione che allarga i ristretti limiti dell'art. 320 lit f) del codice abrogato. In base a quest'ultimo disposto infatti non era possibile attraverso il ricorso per cassazione censurare l'erronea applicazione di norme del diritto formale (106).

(105) Läubli, 76, 106.

(106) Läubli 74 No.125; RGP 1935,230.

Per quanto attiene alla distinzione fra norme di diritto materiale e norme di diritto formale, è bene ricordare che, mentre le prime si riferiscono direttamente al diritto fatto valere con la petizione, le norme di diritto formale disciplinano il procedimento attraverso il quale viene accertata l'esistenza o l'inesistenza dello stesso.

Quale oggetto di violazione entrano in considerazione tanto disposizioni legale del diritto positivo, quanto principi giuridici universalmente noti del diritto non scritto. In determinate circostanze, anche le massime riconosciute del diritto consuetudinario possono essere equiparate a norme di diritto (107).

La norma, di cui si censura l'applicazione, può appartenere sia al diritto pubblico sia a quello privato.

Non occorre che la norma sia contenuta in una disposizione di legge in senso formale (108). Anche la violazione di norme contenute in decreti legislativi o esecutivi, ordinanze o regolamenti è sufficiente a giustificare l'invocazione del titolo di cassazione dell'art. 327 lit g) CPC.

(107) Cfr. art. 87 CPC: persino le consuetudini locali, pur dovendo esser provate perchè trovino applicazione, sono equiparate a norme di legge.

(108) Ossia un complesso di norme giuridiche di carattere astratto e generale.

Entrano in considerazione tanto norme del diritto federale, quanto disposizioni del diritto cantonale ticinese o di cantoni confederati. Anche i regolamenti di enti di diritto pubblico e gli statuti di persone giuridiche del diritto privato contengono norme di diritto: alle parti incombe tuttavia l'onere di provarle, affinché il giudice provveda ad applicarle (109). La loro erronea applicazione può essere censurata attraverso il ricorso per cassazione, sia dal profilo della violazione di norme di diritto, sia dal profilo più ristretto dell'inesatta valutazione delle prove, in entrambi i casi a condizione che sia adempiuto il requisito dell'applicazione manifestamente erronea (110). Lo stesso dicasi per le norme di diritto estero.

Non in ogni violazione delle norme di diritto applicabili sono ravvisabili gli estremi del titolo di ricorso dell'art. 327 lit g). Affinché questi siano dati è necessario che la violazione sia manifesta: in altri termini, la violazione deve essere qualificata. La violazione della norma di diritto applicabile deve essere palese ed evidente, ossia rilevabile a prima vista.

Il caso si verifica quando è violata una norma o un principio del cosiddetto "klares Recht" (111). Il giudice deve aver frainteso in modo clamoroso il significato di un disposto di legge o di una massima di diritto, andando oltre i limiti stabiliti in modo chiaro dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

(109) Cfr. art. 87 CPC.

(110) Cfr. pag. 192

(111) Guldener 523 N 29c.

L'interpretazione data dal giudice alla norma deve muoversi al di fuori delle intenzioni del legislatore, assodate da una prassi incontestata e consolidata (112).

La violazione non è manifesta, quando attorno alla norma che si pretende violata sussistono dubbi, incertezze o disparità di vedute nella dottrina e nella prassi (113).

La violazione è invece manifesta quando l'error in iure emerge in modo crasso e palese, ossia quando è fuor di dubbio che la norma applicabile non è stata a torto applicata o quando nessuna ragione plausibile giustifica l'applicazione delle norme ritenute applicabili dal giudice di prime cure.

La modifica parziale del CPC del 1.1.1976 ha soppresso il requisito dell'arbitrio, previsto dai precedenti codici cumulativamente al requisito della violazione manifesta.

Il legislatore ha ritenuto sufficiente il requisito dell'errore manifesto nell'applicazione del diritto (114).

(112) Läubli 78.

(113) RGP 1968, 304: "il titolo di cassazione previsto dall'art. 320 f (CPC 1924) non si avvera quando la conclusione dedotta dal giudice usando della sua facoltà di apprezzamento pur opinabile, non si oppone direttamente alle risultanze di causa e al senso della norma giuridica applicabile".

(114) Cfr. messaggio del consiglio di stato del 22.5.1974 pag. 14, dal quale traspare evidente l'intenzione del legislatore di allentare la rigidità dei requisiti previsti dal disposto.

B. Valutazione manifestamente erronea di
prove o di atti di causa

Nell'ambito del titolo di cassazione dell'art. 327 lit g) CPC rientra infine la valutazione manifestamente erronea di prove o di atti di causa. Questo motivo (115), sconosciuto al codice abrogato, completa una lacuna del sistema dei titoli di cassazione.

Secondo il codice precedente, l'error in facto non poteva esser censurato che nella misura in cui fossero dati gli estremi dei motivi di revisione. In altre parole, la cassazione di una decisione era possibile soltanto quando questa era viziata da un errore di fatto risultante dagli atti e dai documenti di causa (116). La censura di arbitrio in materia di prove era limitata a questo caso particolare di error in facto.

Secondo il nuovo codice, invece, anche la valutazione delle prove può essere oggetto di sindacato da parte del giudice di cassazione.

L'onere di provare i fatti addotti incombe alle parti: "ove la legge non disponga altrimenti, chi vuole dedurre un diritto da una

(115) Il requisito della valutazione manifestamente erronea è stato introdotto dalla riforma parziale del CPC del 1.1.1976, in sostituzione del requisito dell'arbitrio, a sua volta introdotto con l'entrata in vigore del CPC del 1.1.1972. Nel contempo è assurta a motivo di cassazione anche la valutazione manifestamente erronea degli atti di causa, peraltro già prevista dagli art.327 lit d) e 340 lit d) CPC.

(116) Cfr. art.324 cfr.4 CPC 1924, RGP 1940, 547: "gli apprezzamenti di fatto del giudice inappellabile sfuggono al sindacato della CCC a meno che tali apprezzamenti siano in contrasto insuperabile con gli atti di causa o con le risultanze delle prove testimoniali o documentarie", cfr. anche, RGP 1925, 632 635 e 1937, 519: 1963, 152.

circostanza di fatto da lui asserita, o chiede il riconoscimento di un diritto deve fornire la prova" (117).

Spetta invece al giudice valutare le prove assunte, al fine di accertare i fatti da porre alla base della sua decisione. Superato il sistema della prova legale - ad eccezione del giuramento decisorio (118) "il giudice valuta le prove secondo il suo libero convincimento in base alle risultanze del processo" (119).

Le prove devono quindi anzitutto convincere il giudice, il quale è fondamentalmente libero di dichiararsi convinto o meno. Questa libertà tuttavia non è assoluta e indiscriminata, ma è limitata dalle risultanze del processo. Il potere di apprezzamento delle prove, che la legge conferisce al giudice, va esercitato entro i limiti oggettivi risultanti dalla prova stessa. Valutazione secondo il libero convincimento significa obbligo del giudice di dedurre coscienziosamente le conseguenze che le risultanze dell'istruzione probatoria impongono (120). La legge costringe il giudice a motivare il proprio convincimento nella sentenza (121).

Errori nella valutazione delle prove o soluzioni opinabili non danno luogo di per sè a cassazione della sentenza per il titolo di cui all'art. 327 lit g) CPC.

(117) Art. 183 CPC, art. 8 CCS RGP 1937, 519.

(118) Art. 269 CPC.

(119) Art. 90, 253 CPC.

(120) Guldener 321.

(121) Art. 90 CPC.

Affinché siano dati gli estremi di questo titolo di cassazione, occorre che la valutazione delle prove sia manifestamente erronea e non soltanto criticabile (122).

In tema di valutazione delle prove vi è errore manifesto quando il giudice è clamorosamente smentito dalle tavole processuali.

Anche in questo caso si tratta di una questione di gravità e di intensità dell'errore in cui è incorso il giudice valutando le prove. Manifestamente erronea è una valutazione del tutto insostenibile, contraddetta e sconfessata apertamente dalle stesse emergenze processuali. Manifesto è pure l'error in facto che deriva dal ritenere provate circostanze a sostegno delle quali non è stata fornita la benché minima prova (123): in tal caso viene a mancare il fondamento stesso della cosiddetta "Beweiswürdigung". Dà infine luogo a cassazione la valutazione manifestamente erronea di atti di causa (124).

(122) RGP 1974, 122.

(123) V. RGP 1937, 519 cfr. tuttavia la critica del Dr. F. Bolla alla sentenza riprodotta in RGP 1974, 122.

(124) Il motivo corrisponde alla cosiddetta "Aktenwidrigkeit", definita dall'art. 340 lit d) CPC quale motivo di revisione e quindi, in base all'art. 327 lit e) CPC.

Per atti di causa sono da intendere atti scritti, quali allegati di parte e documenti prodotti (cfr. messaggio del consiglio di stato del 22.5.1974 pag.14).

7. Decisioni soggette a ricorso per cassazione

7.1. Impugnabilità secondo la forma della decisione

Secondo il tenore letterale dell'art. 327, soltanto le sentenze possono essere impugnate mediante ricorso per cassazione.

Il disposto si riferisce anzitutto a sentenze in senso formale, ossia a decisioni che portano tale denominazione e che rispondono ai requisiti dell'art. 285 CPC.

Per un'interpretazione corretta del disposto occorre prendere in considerazione l'aspetto sostanziale della decisione impugnata, richiamando quanto esposto in precedenza a proposito della distinzione fra decisioni di merito (125) e decisioni d'ordine (126) e, nell'ambito di quest'ultime, fra provvedimenti che dirigono il procedimento e decisioni che vi pongono fine.

Il secondo progetto prevedeva un ordinamento coerente e logico circa la forma delle decisioni, riservando la forma della sentenza alle decisioni di natura sostanziale, pronunciantisi sul merito della vertenza, e destinando per contro, anche nella procedura inappellabile, la forma del decreto e dell'ordinanza alle decisioni di natura processuale. La forma del decreto in modo particolare era prevista per le decisioni in materia di presupposti processuali: sia per quelle che risolvevano la questione in modo affermativo disponendo la prosecuzione del procedimento (127), sia per quelle che invece ne negavano la ricorrenza ponendo fine al processo (128). Nella forma del decreto inoltre, il giudice statuiva sulle domande processuali.

I provvedimenti d'importanza secondaria volti a regolare unicamente l'andamento del processo erano da emanare nella forma dell'ordinanza.

(125) Sachurteile

(126) Prozessurteile

(127) prozessleitende Entscheidungen

(128) prozesserledigende Entscheidungen

Il secondo progetto prevedeva questo ordinamento indipendentemente dal tipo di procedura, ossia tanto nel procedimento ordinario (129), quanto nella procedura davanti ai giudici di pace ed ai pretori come istanza unica (130).

Il ricorso per cassazione era di conseguenza proponibile sia contro le sentenze, sia contro i decreti (131). La commissione legislativa, nell'intento di escludere un ricorso contro i decreti che si pronunciavano in modo positivo sull'esistenza dei presupposti processuali (132), ha limitato il ricorso per cassazione alle sole sentenze (133), stralciando i decreti dal novero delle decisioni impugnabili mediante ricorso per cassazione.

L'innovazione è stata introdotta a detrimento della chiarezza e della sistematica del codice. In pratica, l'ordinamento del progetto Borella - basato sulla distinzione sostanziale, oltre che formale, fra sentenze e decreti - è rimasto applicabile unicamente alla procedura ordinaria. Secondo l'opinione della commissione legislativa, l'art. 100 non dovrebbe essere applicabile alla procedura davanti ai giudici di pace ed ai pretori come istanza unica. Purtroppo questa tesi non è sancita da alcun disposto del diritto positivo, limitandosi il codice ad escludere i decreti dalle decisioni impugnabili mediante ricorso per cassazione.

Il testo della legge di per sé non si oppone a che il giudice inappellabile statuisca nella forma del decreto sull'esistenza dei presupposti processuali conformemente all'art. 100 CPC (134).

(129) 165 ss. CPC procedura appellabile.

(130) 291 ss. CPC procedura inappellabile.

(131) Cfr. art. 300 e 331 del progetto Borella.

(132) E di evitare un'eventuale duplice pronuncia della CCC.

(133) Cfr. verbali della commissione legislativa.

(134) Inquadrato nel libro dedicato alle disposizioni generali e nel titolo relativo alle norme generali per il procedimento, valide tanto per il giudice appellabile quanto per quello inappellabile.

La decisione affermativa, che permette la prosecuzione del processo, non sarà tuttavia impugnabile in quanto incidentale. Per contro, deve essere ammessa l'impugnabilità, mediante il ricorso per cassazione, delle decisioni negative che pongono fine al processo, anche se emanate nella forma del decreto (135).

Dalla scelta della forma della decisione non può derivare una menomazione dei diritti all'impugnazione della parte pregiudicata dalla decisione.

Difficoltà d'ordine formale si pongono al giudice inappellabile che è chiamato a statuire su una domanda di restituzione in intero (136) o di mutazione dell'azione.

Dalla sistematica del codice si deve dedurre la proponibilità, in linea di massima, di simili istanze anche nella procedura regolata dagli art. 291 ss. (137); la decisione statuyente su domanda di restituzione o di mutazione dell'azione va resa nella forma del decreto (138).

La soluzione, adottata dal legislatore in tema di giudizi impugnabili mediante ricorso per cassazione, impedisce un controllo immediato di tali decisioni del giudice inappellabile. Il giudizio potrà essere esaminato soltanto nell'ambito di un ricorso per cassazione, proposto più tardi contro la sentenza di merito. Questa dovrà essere cassata se è la conseguenza di una decisione resa in tema di restituzione o di mutazione dell'azione, nella quale è ravvisabile un motivo di cassazione. Non va dimenticato inoltre che le domande di restituzione in intero possono, almeno in teoria, essere proposte anche dopo l'emanazione del giudizio di merito (139).

(135) Nel caso contrario l'attore potrebbe ritrovarsi sprovvisto di protezione giuridica.

(136) Per omessa adduzione di fatti o produzione di prove o contro il lasso dei termini art. 138 ss CPC.

(137) Non è pensabile che il legislatore abbia voluto limitare la possibilità di tali domande alla procedura ordinaria. I motivi che giustificano una restituzione in intero o una mutazione dell'azione sono validi in entrambi i tipi di procedura.

(138) Art. 140 CPC.

(139) Lanini 72 ss.

In questi casi è necessario ammettere il ricorso per cassazione contro la decisione statuente sulla domanda di restituzione, tanto nel caso in cui essa rivesta la forma di sentenza, quanto nel caso in cui sia stata emanata in forma di decreto.

Problemi analoghi, anche se di natura differente, si pongono nel caso di decisioni neganti l'assistenza giudiziaria in cause inappellabili. Per legge, tali decisioni vanno rese in forma di decreto: di conseguenza non dovrebbe esser possibile una loro impugnazione mediante ricorso per cassazione. Va tuttavia ricordato che, secondo il codice abrogato, il ricorso era proponibile, "soltanto contro le decisioni aventi per oggetto il fondamento della domanda controversa, statuenti definitivamente sul merito delle domande proposte in giudizio" (140).

In conclusione, sono da ritenere impugnabili mediante ricorso per cassazione anzitutto le sentenze di merito, ossia i giudizi con i quali il giudice prende posizione quo alla fondatezza della domanda.

In secondo luogo, entrano in considerazione le sentenze di rito che pongono fine al processo, ossia quelle decisioni che ammettono eccezioni d'ordine o che statuiscano sulla mancanza dei presupposti processuali. Quest'ultime sono impugnabili mediante ricorso per cassazione anche se sono state emanate, in ossequio all'art. 100, nella forma del decreto anziché in quella della sentenza.

Il ricorso per cassazione è inoltre da ammettere contro le decisioni che negano l'assistenza giudiziaria in procedura inappellabile e contro i giudizi statuenti su domande di restituzione in intero proposte dopo l'emanazione della sentenza.

(140) Cfr. RGP 1968, 302; 1939, 277; 1925, 187; cfr. tuttavia RGP 1927, 735.

Non sono invece impugnabili autonomamente mediante ricorso per cassazione, le decisioni che rigettano eccezioni d'ordine o che riconoscono dati i presupposti processuali (141), siano esse rese in forma di decreto o in forma di sentenza d'ordine di natura interlocutoria.

Il ricorso per cassazione è inoltre escluso contro decisioni del giudice inappellabile, statuenti su domande di restituzione, proposte in corso di causa, e su domande di mutazione dell'azione.

La censura di tali decisioni dovrà essere sollevata in concomitanza con il ricorso contro la sentenza di merito.

Parimenti non è dato ricorso per cassazione contro i decreti provvisionali (142) e, logicamente, contro le ordinanze (143), salvo che quest'ultime, per il loro contenuto sostanziale avessero dovuto essere rese in altra forma (144).

7.2. Impugnabilità secondo il valore litigioso e la procedura di prima istanza

Il valore litigioso determina, in base alla LOG (145), la suddivisione delle competenze e delle procedure applicabili. Già si è visto (146) come l'inosservanza delle norme di procedura, che regolano la distinzione fra procedura ordinaria e procedura davanti ai giudici di pace ed ai pretori come istanza unica e la ripartizione delle competenze *ratione materiae et valoris*, possano condurre all'annullamento della sentenza e del procedimento che la precede.

L'art. 327 stabilisce che possono essere impugnate mediante ricorso per cassazione le sentenze emanate dai giudici di pace e dai pretori come istanza unica. Di

(141) E permettono di conseguenza la continuazione del processo.

(142) Art. 382 cpv. 2 CPC.

(143) Cfr. RGP 1967, 130.

(144) P.es. decisione che nega la competenza resa in forma d'ordinanza.

(145) Art. 5 e 13 LOG.

(146) Cfr. pag. 178

fronte a queste due istanze è applicabile la procedura disciplinata dagli art. 291 ss. CPC: la procedura ordinaria, scritta, è per contro inapplicabile. Accade tuttavia che le parti, per questioni di convenienza, tendino in modo più o meno esteso di far capo alla procedura scritta anche davanti al giudice inappellabile, rinunciando al principio dell'oralità (147).

In questo contesto, ci si può chiedere se il tipo di procedura scelto sia determinante per la proponibilità del ricorso per cassazione. La questione è da risolvere negativamente: il ricorso per cassazione è proponibile contro le sentenze dei giudici di pace e dai pretori come istanza unica, indipendentemente dalla scelta del tipo di procedura. Qualora in questa scelta sia ravvisabile una violazione delle norme sulla competenza ratione valoris o materiae, sarà dato il motivo di cassazione dell'art. 327 lit a) CPC.

Il ricorso per cassazione è pertanto proponibile sia contro le sentenze dei giudici di pace emanate a torto secondo la procedura ordinaria, sia contro le sentenze del pretore in una causa istruita secondo la procedura inappellabile, malgrado fossero dati i limiti di valore necessari per la procedura ordinaria (148).

7.2.1. Competenze dei giudici di pace

Rientrano nelle competenze dei giudici di pace e sono da istruire secondo la procedura inappellabile (149), le cause di natura patrimoniale, di valore inferiore a fr. 500.-.

Entro questi limiti di valore, il giudice di pace è pure competente a conoscere le cause derivanti dalla LEF; la procedura accelerata, prescritta dalla LEF in determinati casi, è sostituita da quella regolata dagli art. 291 ss. CPC (150). Non è invece data una competenza dei giudici di pace in cause di natura non patrimoniale.

(147) Ad esempio dettando a verbale veri e propri memoriali o rispondendo per iscritto alla citazione.

(148) RGP 1972, 347; 1941, 472; 1927, 733 come pure 1941, 512; 1929, 469 cfr. tuttavia 1927, 737.

(149) Art. 291 ss. CPC, 5 LOG.

(150) Art. 400 CPC.

7.2.2. Competenze dei pretori quali istanza unica

I pretori giudicano come istanza unica nelle cause di valore compreso fra fr. 500.- e fr. 5'000.- (151): la procedura applicabile è quella prevista dagli art. 291 ss. CPC.

Questa procedura è invece esclusa per le cause riguardanti lo stato delle persone.

Nei limiti di valore sopra citati rientrano pure le cause previste dalla LEF; come per i giudici di pace, anche davanti ai pretori quali istanza unica la procedura accelerata è sostituita da quella inappellabile (152).

(151) Il limite è stato recentemente portato da fr. 2'000.- a fr. 5'000.- (cfr. messaggio del consiglio di stato del 22 maggio 1974 per la modificazione della LOG).

(152) Art. 400 e 291 ss. CPC.

Presupposti del procedimento di ricorso per cassazione

8.1. Legittimazione

Le osservazioni fatte a proposito della legittimazione ad appellare valgono in modo analogo nel caso del ricorso per cassazione.

La legittimazione ad impugnare è un presupposto processuale specifico del procedimento di cassazione. Esso è determinato, non tanto dai criteri generali che regolano la legittimazione attiva e passiva, quanto piuttosto dalla concreta situazione processuale sviluppatasi in prima istanza.

Sono anzitutto legittimate a ricorrere in cassazione le parti fra le quali si è svolto il processo davanti al giudice di prime cure. Questa facoltà compete loro in ogni caso, indipendentemente dalla fondatezza della loro legittimazione attiva o passiva.

Considerazioni analoghe a quelle esposte per l'appello valgono per i successori in diritto delle parti, a titolo universale o particolare e per i litisconsorti. Anche se manca un esplicito richiamo dell'art. 307 cpv. 3 è da ritenere che quanto dispone l'art. 46 cpv. 2 per il litisconsorzio necessario valga non soltanto per l'appello ma anche per il ricorso per cassazione. I litisconsorti facoltativi devono tuttavia prestare attenzione al fatto che non è dato il ricorso di cassazione adesivo (153).

Dato che le cause di stato sono escluse dalla procedura inappellabile, il PP non è legittimato a proporre ricorsi per cassazione (154).

(153) Cfr. 331 cpv. 3 CPC RGP 1937, 185; 1913, 629.

(154) Cfr. art. 35 CPC.

8.2. Gravamen

Intimamente connessa al problema della legittimazione a ricorrere in cassazione è la questione dell'esistenza di un gravamen. Ai fini della legittimazione, il ricorrente deve aver subito un pregiudizio in conseguenza della decisione erronea.

L'esistenza di uno svantaggio derivante al ricorrente dalla decisione impugnata va esaminata d'ufficio, tenendo conto di tutte le circostanze concrete.

La natura di rimedio incompleto del ricorso per cassazione esige inoltre che fra il gravamen e il motivo di cassazione invocato esista un nesso causale. Il gravamen deve essere l'effetto del verificarsi degli estremi del titolo di cassazione invocato (155).

8.3. Legittimazione della parte preclusa

Le disposizioni della procedura inappellabile sulla preclusione ricalcano quelle previste dalla procedura ordinaria (appellabile).

"Se le parti, o una di esse, non compaiono all'udienza, il giudice rinnova la citazione avvertendo che alla seconda udienza procederà nella lite giudicando in base all'istanza e alle prove addotte" (156).

La norma non è del tutto precisa e va completata con quanto dispone l'art. 135: la ripetuta mancata comparsa di entrambe le parti comporta lo stralcio della causa di ruolo (157).

La ripetuta mancata comparsa dell'attore conduce per contro ad un giudizio in base agli atti, se il convenuto è comparso.

La ripetuta mancata comparsa del convenuto, infine, conduce alla sua preclusione e ad un giudizio in base alle allegazioni ed alle prove offerte dall'attore.

(155) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 85.

(156) Art. 295 CPC.

(157) Art. 135 cpv. 3 CPC.

Come nella procedura ordinaria, quindi, anche nella procedura inappellabile, la preclusione del convenuto non significa acquiescenza, ma unicamente perdita del diritto di addurre fatti, prove, eccezioni e contestazioni. Per rimediare alle conseguenze di un tale ordinamento, al convenuto precluso è offerta anzitutto la possibilità di chiedere la restituzione in intero contro il lasso dei termini (158) o per omessa indicazione di fatti o produzione di prove (159).

Quest'ultima possibilità sussiste tuttavia unicamente prima dell'emanazione della sentenza, che è immediatamente esecutiva (160).

Inoltre, nel caso in cui non ricorrano gli estremi della restituzione in intero, il convenuto, dopo l'emanazione della sentenza (161), può sempre impugnarla mediante ricorso per cassazione, sempreché si verifichi uno dei titoli previsti dall'art. 327 CPC. Non è infatti da escludere che ciò sia il caso anche in una sentenza emanata a termini di ragione.

La legittimazione della parte preclusa a proporre ricorso per cassazione deve quindi ritenersi fondamentalmente data.

(158) Art. 137 CPC.

(159) Art. 138 CPC.

(160) La soluzione proposta da Lanini, pag. 79 e seg., in caso di omessa produzione di prove e di relativa domanda di restituzione durante il termine d'impugnazione, non è applicabile alla procedura inappellabile, essendo il giudizio "definitivo" dal momento stesso della sua emanazione.

(161) Entro i termini di legge.

8.4. Formalità del ricorso per cassazione

La procedura del ricorso per cassazione è simile a quella prevista per l'appello; l'art. 331 dichiara applicabili per analogia numerose norme di quest'ultima. L'enumerazione di tali norme è da considerare esaustiva e non esemplificativa.

Il ricorso va inoltrato al giudice che ha pronunciato la sentenza (162), il quale provvede a trasmettere l'incarto completo alla camera di cassazione (163). Questa fissa al ricorrente un termine non prorogabile di 15 giorni per effettuare il deposito di un'adeguato importo per il pagamento delle spese giudiziarie. Il mancato o tardivo deposito comporta la deserzione del ricorso (164).

Ricevuto l'anticipo, la camera notifica un esemplare dell'atto di ricorso alla controparte ed ai litisconsorti (165). I litisconsorti necessari del ricorrente sono da questi rappresentati nell'impugnazione (166).

I litisconsorti facoltativi devono per contro impugnare la sentenza in modo autonomo ed entro il termine di ricorso, dato che non è ammesso il ricorso adesivo (167).

Alla controparte è data la facoltà di insinuare le proprie osservazioni al ricorso: si tratta di un atto facoltativo la cui ammissione non comporta altro pregiudizio all'infuori di quello della perdita della possibilità di render attento il giudice di cassazione sull'infondatezza del ricorso. La controparte che intende a sua volta impugnare la sentenza deve farlo autonomamente entro il termine di ricorso, essendo esclusa la possibilità del ricorso adesivo.

(162) Art. 328 cpv. 2 CPC. (331 in unione all'art. 308 cpv. 2 CPC).

(163) Art. 331 e 311 CPC.

(164) Art. 331 e 312 CPC.

(165) Art. 331 e 313 CPC.

(166) Art. 46 CPC.

(167) Art. 48 e 331 cpv. 3 CPC.

L'inammissibilità del ricorso adesivo è una conseguenza della sua natura di rimedio straordinario, "concesso al fine di riparare a speciali errori od omissioni di formalità essenziali e a manifesti ed arbitrari errori di diritto contenuti in una sentenza inappellabile. Chi si ritiene danneggiato da questi errori deve insorgere nei termini di legge: non facendolo si presume che abbia rinunciato a valersi dei rimedi di legge" (168). La forma e il contenuto dell'atto di ricorso sono prescritti dall'art. 329 CPC.

L'atto va redatto in tanti esemplari quanto sono le parti compresi i litisconsorti, più uno per la CCC. In caso di insufficienza del numero delle copie presentate è applicabile l'art. 116 cpv. 2 CPC;

L'atto di ricorso deve contenere in ogni caso, pena la nullità (169):

- "L'indicazione della sentenza impugnata".

Non è indispensabile adempiere particolari formalità: è tuttavia necessario che l'oggetto del ricorso possa essere chiaramente individuato dal contesto dell'atto ricorsuale.

- "Le domande del ricorso".

Non è sufficiente un'impugnazione generica della sentenza. E' necessario che il ricorrente formuli precise domande, sia di annullamento, sia di modifica della sentenza impugnata.

- "I motivi di fatto e di diritto del ricorso, precisando il motivo di cassazione invocato".

Oltre alla motivazione, è di capitale importanza l'indicazione del motivo di cassazione che si intende invocare.

La CCC è tenuta infatti in linea di massima ad esaminare unicamente se gli estremi di tale titolo si avverino, a meno che il giudice di prime cure abbia violato norme essenziali di procedura . come tali rilevabili d'ufficio(170).

(168) RGP 1937, 185

(169) Art. 329 cpv. 2 e 3.

(170) RGP 1942, 552; 1954, 61; 1968, 111.

La norma, può talvolta presentare difficoltà di ordine pratico, dato che la distinzione fra norme di procedura essenziali e norme di secondaria importanza non è fissata in modo inequivocabile dalla legge, ma può esser stabilita solo nel caso concreto in base ai principi generali del diritto.

Già si è detto delle difficoltà che insorgono nella distinzione fra decisioni nulle e decisioni annullabili (171).

Il ricorrente è tenuto più che altro ad illustrare la fattispecie nella quale, a suo avviso, si configura un determinato titolo di cassazione. L'inesatta qualificazione giuridica, data dal ricorrente alla fattispecie esposta, non esime in tutto e per tutto la CCC dall'applicare il principio per cui "iura novit curia".

In altre parole, l'invocazione di un motivo di cassazione non pertinente non nuoce al ricorrente se dalle censure sollevate e dalla fattispecie addotta può esser ravvisato il verificarsi di un altro titolo di cassazione (172).

La CCC non è tuttavia tenuta a ricercare se si siano verificati altri fatti, non menzionati dal ricorso, nei quali potrebbe esser ravvisato un titolo di cassazione non invocato, salvo il caso in cui questa ricerca le incomba d'ufficio (173).

Non comporta la nullità dell'atto l'omissione delle seguenti formalità:

- " l'indicazione dell'autorità a cui l'atto è diretto, l'esatta indicazione delle parti e del loro domiciliolito. "

Da notare che l'omissione di questi due punti comporta invece la nullità dell'atto di appello (174). I dati devono tuttavia poter esser desunti almeno dal contesto delle circostanze.

(171) Cfr. sopra p.172 nonché RGP 1967, 125.

(172) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 75 s.

(173) Cfr. RGP 1972, 327.

(174) Art. 309 cpv. 2 lit a,b) e cpv. 5.

La soluzione adottata dal legislatore appare equa e conforme alle esigenze pratiche; abolisce un formalismo che in taluni casi poteva risultare eccessivo (175).

4.5. Termine

Il ricorso per cassazione si propone entro il termine di venti giorni dalla notificazione della sentenza, ridotto a dieci giorni nella procedura sommaria e in quella accelerata (176) ed a cinque in materia cambiaria (177).

Il termine per le osservazioni segue quello per il ricorso (178).

La tempestività del ricorso va esaminata d'ufficio, in quanto presupposto processuale specifico.

Trattandosi di termini stabiliti dalla legge, è esclusa qualsiasi possibilità di proroga.

E' tuttavia da ammettere la possibilità per il ricorrente, che sia stato impedito ad agire tempestivamente, di chiedere la restituzione in intero contro il lasso del termine di ricorso (179).

Come per l'appello, anche per il ricorso per cassazione, la domanda di restituzione è da rivolgere direttamente alla camera di cassazione (180).

Nessuna restituzione è necessaria qualora l'inosservanza del termine sia dovuta a violazione di norme concernenti le notificazioni, circostanza questa che ne produce la nullità (181). In simili casi è da ritenere che il termine non abbia iniziato a decorrere.

Il termine di ricorso contro dispositivi statuenti su pretese di diritto civile nel processo adesivo al processo penale inizia a decorrere dalla scadenza del termine di ricorso alla corte di cassazione penale e dall'intimazione della sua sentenza (182).

(175) RGP 1941, 279 p.es. (176) Art. 328 CPC.

(177) Art. 388 cpv. 3 CPC. (178) 331 cpv. 2 CPC.

(179) Art. 137 Lanini, 69 ss

(180) In questo senso cfr. RGP 1958, 164.

(181) Art. 124 cpv. 7 CPC (182) Art. 223 CPP.

9. Giudizio di cassazione

La camera civile di cassazione, ricevuto il ricorso e le osservazioni, accerta anzitutto se sono dati gli estremi per la sua proponibilità in ordine.

L'esame verte in modo particolare sulla presenza dei presupposti processuali specifici del procedimento per cassazione, quali la tempestività dell'impugnazione, la legittimazione del ricorrente, l'adempimento delle formalità prescritte dalla legge, l'anticipazione delle spese giudiziarie.

L'indagine si conclude con un giudizio d'ordine che è esplicito, di regola, solo nel caso in cui il ricorso in cassazione sia improponibile in ordine. Il giudizio che ammette il ricorso in ordine è per contro integrato come implicito nel susseguente giudizio sulla fondatezza del rimedio.

La decisione di rigetto in ordine del ricorso non esplica effetti nei confronti della sentenza impugnata che mantiene la forza di giudicato, acquisita sin dal giorno successivo alla sua notificazione.

Tuttavia, qualora al ricorso fosse stato concesso l'effetto sospensivo inibitore dell'esecutività della sentenza impugnata (183), è evidente che la decisione di rigetto in ordine del ricorso, in quanto improponibile, comporti la decadenza del provvedimento anche senza un'espressa menzione.

In questo contesto, è ancora da ricordare che, in determinati casi, la camera di cassazione può procedere d'ufficio a dichiarare nulla la sentenza impugnata, nonostante l'improponibilità in ordine del ricorso (184). Si tratta nella maggior parte di questi casi di un giudizio di mero accertamento dell'inesistenza della sentenza impugnata.

La giurisprudenza relativa alla cassazione d'ufficio è tutt'altro che costante (185).

(183) Art. 330 CPC.

(184) Cfr. RGP 1966, 45 decreto di stralcio dai ruoli annullato d'ufficio nonostante l'improponibilità del ricorso. RGP 1956, 402 giudice di pace che pronuncia su questioni di vicinato.

(185) Cfr. RGP 1967, 125 contra RGP 1956, 402; 1972, 310 e 347.

Se il ricorso per cassazione è proponibile in ordine, la camera di cassazione procede ad esaminare la sua fondatezza nel merito. I limiti dell'indagine sono determinati dal contesto delle censure sollevate dal ricorrente. Il sindacato della CCC non si estende tuttavia al solo motivo di cassazione invocato dal ricorrente. La camera di cassazione è tenuta piuttosto a ricercare se nelle critiche addotte dal ricorrente nei confronti della sentenza impugnata sia ravvisabile uno dei motivi di cassazione elencati. La qualificazione giuridica posta a fondamento del ricorso non vincola la camera di cassazione, alla quale è vietato unicamente andar oltre i limiti posti dalle domande annullando dispositivi non impugnati (186).

Quando nella sentenza impugnata non è ravvisabile nessun titolo di cassazione, la camera di cassazione respinge il ricorso in quanto infondato. In questo giudizio è implicita la decisione di ammissibilità in ordine del rimedio e la decadenza di un eventuale precedente provvedimento che avesse concesso l'effetto sospensivo all'impugnazione.

Se invece, dall'indagine svolta risultassero dati gli estremi del motivo di cassazione invocato dal ricorrente o di un altro motivo previsto dall'art. 327, la camera di cassazione accoglie il ricorso ed annulla la sentenza impugnata (187).

Il ricorso ha quindi anzitutto effetto cassatorio. Nel caso in cui si verificchino gli estremi del motivo previsto dall'art. 327 lit d) (188), la camera di cassazione pronuncia nel merito, a condizione che gli atti siano completi (189). Il nuovo giudizio di merito non deve necessariamente differire da quello del giudice di prime cure: la CCC potrà giungere per altra via ad un identico risultato.

(186) Riservato quanto si è detto a proposito dell'annullamento d'ufficio.

(187) Art. 332 cpv. 1, iudicium rescindens.

(188) Arbitrio nell'applicazione della legge o nella valutazione delle prove.

(189) Art. 332 cpv. 2 prima frase, iudicium rescissorium. (Guldener Nichtigkeitsbeschwerde 173).

Qualora invece gli atti siano incompleti e non permettano di conseguenza di emanare un giudizio di merito, come pure nei casi previsti dall'art. 327 lit b), c), f), la camera di cassazione, in ossequio al principio istituzionale del doppio grado di giurisdizione, rinvia la causa al giudice competente per un nuovo giudizio.

I limiti dell'annullamento sono determinati dall'estensione del vizio, in cui si raffigura il motivo di cassazione, e dalla misura in cui esso abbia esplicato effetti sui dispositivi della sentenza impugnata e sul procedimento di prima istanza (190).

Il giudice di prime cure, al quale è rinviata la causa per nuovo giudizio, è vincolato dall'opinione espressa dalla camera di cassazione nella decisione di rinvio. Se il giudizio di annullamento e di rinvio emesso dalla camera di cassazione si estende unicamente alla sentenza impugnata, senza toccare il procedimento che la precede, il giudice di prime cure può pronunciare una nuova sentenza, togliendovi il difetto della prima, senza riprendere il procedimento da capo e senza riconvocare le parti (191). Il caso è dato quando l'annullamento della sentenza ha luogo per carenza di motivazione (192).

In determinati casi tuttavia, il vizio si estende anche al procedimento che ha preceduto la sentenza annullata (193); a seconda delle circostanze, il giudice al quale la lite è rinviata deve riprendere il procedimento nella misura in cui questo è stato annullato (194).

(190) Guldener Nichtigkeitsbeschwerde, 169 N III, 1.

(191) RGP 1939, 471; questa possibilità è da ammettere anche nei casi riportati in RGP 1937, 140 e 1930, 392.

(192) RGP 1963, 75.

(193) Cfr. RGP 1939, 469; 1941, 512, 142.

(194) P.es. RGP 1968, 301 mancando il verbale di audizione di un teste questi deve essere riassunto.

Il procedimento di prima istanza sarà annullato integralmente o parzialmente nel caso di accoglimento del ricorso per il motivo di cui all'art. 327 lit c) CPC (195). Anche questa è una conseguenza diretta del principio del doppio grado di giurisdizione.

L'annullamento della decisione impugnata non è seguito da rinvio al giudice di prime cure, quando ha avuto luogo per i motivi previsti dagli art. 327 lit a) e d) (196).

Nel caso di annullamento della sentenza per incompetenza del giudice adito (197), spetterà all'attore rinnovare la lite davanti al giudice competente.

(195) Diniego formale di giustizia.

(196) Il CPC 1924 prevedeva per contro il rinvio al giudice di prima istanza (cfr. art. 322).

(197) Art. 327 lit a) CPC.

III La revisione

1. Carattere straordinario del rimedio

La forza di giudicato della decisione impugnata contraddistingue i rimedi ordinari da quelli straordinari.

La revisione viene generalmente annoverata fra i mezzi d'impugnazione straordinari (1).

In realtà, attraverso la revisione è possibile impugnare tanto decisioni munite della forza di giudicato, quanto decisioni che ancora ne sono sprovviste.

Occorre a tal proposito rilevare già sin d'ora che la revisione, quale mezzo d'impugnazione autonomo, può essere proposta soltanto contro le sentenze di una camera del tribunale d'appello (2). La revisione di sentenze di giudici di pace e di pretori è infatti assorbita dai rispettivi mezzi d'impugnazione (3). In altri termini, i motivi di revisione insiti in sentenze di giudici di primo grado (4), devono esser rilevati attraverso i rimedi specifici dell'appello e del ricorso per cassazione.

Le sentenze impugnabili autonomamente mediante revisione possono essere cresciute in giudicato (5), oppure essere ancora impugnabile mediante ricorso per riforma al tribunale federale (6).

(1) Lanini 27; Läubli 37, 86.

(2) CCA; CCC e CEF: art. 341 cpv. 2 CPC.

(3) Art. 341 cpv. 1 CPC. La domanda di revisione di una sentenza del pretore o del giudice di pace si propone mediante appello, rispettivamente mediante ricorso per cassazione.

(4) Ad esclusione del tribunale d'appello quale giudice di prime cure (cfr. art. 302 CPC).

(5) Qualora non sia dato rimedio ordinario contro di esse.

(6) Il ricorso per riforma al TF non inibisce il subentrare della forza di giudicato nella misura in cui ciò sia una condizione indispensabile per l'esercizio di rimedi straordinari del diritto cantonale (Birchmeier ad art. 54 e 57 OG).

In quest'ultimo caso, mancando un'impugnazione davanti al tribunale federale, la forza di giudicato subentra nel corso della procedura di revisione cantonale.

Ad eccezione di questi casi particolari, l'istituto della revisione può a giusta ragione, esser considerato come un mezzo d'impugnazione straordinario, ossia rivolto all'annullamento ed alla modifica di giudizi cresciuti in giudicato.

2. La revisione quale rimedio non sospensivo

L'impugnazione di un giudizio mediante revisione non ne sospende l'esecuzione.

Questa caratteristica è una logica conseguenza della natura straordinaria del mezzo d'impugnazione.

Il presidente della camera adita, dietro analoga istanza, può comunque concedere effetto sospensivo alla domanda di revisione. Il disposto dell'art. 343 CPC è del tutto simile all'art. 330 CPC. Si rinvia pertanto alle considerazioni svolte a proposito del ricorso per cassazione (7).

3. La revisione quale rimedio non devolutivo

La revisione non ha effetto devolutivo. Il giudice della revisione è lo stesso che ha pronunciato la decisione impugnata. Per principio, è auspicabile che il giudice che statuisce sul rimedio non sia lo stesso che ha emanato la decisione impugnata. Solo in tal modo può sussistere una garanzia di oggettività e di imparzialità nell'esercizio delle funzioni di controllo.

(7) Cfr. pag.167

Un diverso ordinamento si giustifica tuttavia nei casi in cui il vizio della decisione impugnata sia evidente e derivi da un involontario errore in cui è incorso il giudice. In questi casi si può ritenere che il giudice stesso sia anzitutto interessato ad eliminare il difetto da lui posto nella decisione.

Tale è il caso della revisione: i motivi di revisione presuppongono l'esistenza di un evidente ed innegabile errore del giudicante. L'assenza di qualsiasi effetto devolutivo emerge chiaramente dal tenore dell'art. 341 cpv. 2 CPC: "la domanda di revisione di una sentenza della CCA o della CCC si propone alla camera che ha giudicato" (8).

- (8) Il primo capoverso del disposto sottolinea invece l'inesistenza di una revisione concepita come rimedio autonomo contro le sentenze dei pretori e dei giudici di pace.

I motivi di revisione elencati dall'art. 340 CPC vanno fatti valere con i mezzi d'impugnazione propri del procedimento che li ha generati, ossia l'appello ed il ricorso per cassazione. Questi rimedi esplicano effetto devolutivo indipendentemente dall'assorbimento di un motivo di revisione. Non si può quindi affermare l'esistenza di un effetto devolutivo della revisione.

4. La revisione quale rimedio incompleto

La revisione permette la riapertura del procedimento davanti all'istanza che ha giudicato.

E' escluso per contro qualsiasi continuazione del processo su basi allargate mediante l'introduzione di nova.

Di conseguenza, è vietato alle parti addurre nuovi fatti o contestazioni, o produrre nuove prove: il giudizio di revisione deve fondarsi esclusivamente sul materiale processuale oggetto della decisione impugnata.

Persino il motivo dell'errore di fatto deve risultare dagli atti di causa: non è ammissibile fornire la prova dell'errore mediante la notifica di nuovi testi (9) o di nuovi documenti.

(9) Cfr. RGP 1935, 518.

5. La revisione quale rimedio limitato

Mentre con l'appello si possono censurare tanto gli errores in iudicando quanto quelli in procedendo, la revisione può esser proposta soltanto in presenza di determinati e specifici difetti. I motivi di revisione previsti sono stati ripresi (10) sostanzialmente invariati dal codice abrogato.

Ai motivi di revisione è stato aggiunto quello dell'omessa pronuncia su domande formulate, che la giurisprudenza già aveva ammesso (11).

5.1. Giudizio pronunciato ultra petita

Alla base dei motivi di revisione disciplinati dagli art. 340 lit a) e lit b), ad eccezione dell'omissione di pronunciare su domande formulate, quale denominatore comune è da porre la violazione della massima disposizione o del principio di attitazione (12).

Il motivo di revisione dell'omesso giudizio su domande formulate, va per contro ricollegato al divieto di negare giustizia.

L'art. 86 CPC impone al giudice di pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di questa, vietandogli nel contempo di pronunciare d'ufficio su eccezioni proponibili solo dalle parti (13).

Il giudice è vincolato dalle domande delle parti. Egli non può aggiudicare all'attore nella decisione, né più, né altro di quanto quest'ultimo ha domandato, né meno di quanto il convenuto ha riconosciuto o ammesso (14).

Il principio di disposizione, derivante dall'autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento giuridico ai singoli soggetti di diritto, non ha tuttavia valore assoluto nel diritto processuale. Esso trova applicazione unicamente quando i diritti posti in discussione soggiacciono alla libera disposizione delle

(10) Con una formulazione veramente poco felice.

(11) Cfr. RGP 1955, 55

(12) Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime.

(13) Ne eat iudex ultra petita partium; ne procedat iudex ex officio.

(14) Guldener 149.

parti. Quest'ultima è esclusa quando la materia formante l'oggetto della lite è retta dal principio dell'ufficialità. Ciò è dato soprattutto nelle questioni coinvolgenti un interesse pubblico, quali le cause di stato o le questioni di natura processuale.

Il mancato accoglimento della domanda di divorzio riconosciuta dalla controparte non dà luogo a revisione per il motivo dell'art. 346 lit b). Così pure, non saranno ravvisabili gli estremi del medesimo motivo di revisione nella sentenza della camera di cassazione civile che respinge un ricorso per cassazione riconosciuto dalla controparte, senza che fosse dato uno dei titoli previsti dall'art. 327.

In tutti i casi in cui viene invocato uno dei motivi previsti dall'art. 340 lit a) o lit b), di fronte ad un giudizio divergente dalle domande delle parti, occorre procedere ad un attento e differenziato esame delle circostanze concrete e degli interessi in gioco, al fine di determinare i limiti del principio di disposizione.

Le domande delle parti non vanno inoltre prese alla lettera, ma vanno interpretate nel contesto del processo, tenendo conto delle effettive intenzioni dei contendenti. In caso di accoglimento parziale o totale della domanda, il giudice non è tenuto a riprendere la formulazione letterale datale dall'attore, ma può procedere a completazioni o rettificazioni che meglio rendono ragione alle reali intenzioni delle parti.

Nei limiti in cui è ammissibile una transazione o l'acquiescenza, il giudice è tenuto, nella sua decisione, a dare atto alle parti di quanto esse hanno riconosciuto. Entrano in considerazione tanto il riconoscimento di fatti, quanto quello di diritti, di domande o di eccezioni, sia esso esplicito sia in conseguenza di mancata contestazione (15).

- (15) Art. 170 cpv. 2 CPC: i fatti non chiaramente contestati si presumono ammessi, salvo contrarie risultanze di causa

L'omessa pronuncia su domande formulate non è connessa al principio di disposizione, ma piuttosto all'obbligo derivante al giudice dall'art. 86 CPC e in ultima analisi dall'art. 4 CF.

Il giudice è tenuto, al fine di evitare la censura di diniego di giustizia, a pronunciarsi formalmente sulle domande che gli vengono rivolte. Si tratta di un obbligo elementare e primordiale che incombe al giudice, la cui violazione conduce al motivo di revisione previsto dall'art. 340 lit a) CPC. Il giudice è tenuto a prendere posizione su tutte le domande formulate dalle parti, accogliendole o respingendole, parzialmente o integralmente.

5.2. Giudizio contenente disposizioni contraddittorie (16)

Il motivo di revisione si perfeziona quando dai singoli dispositivi della sentenza emerge una chiara contraddizione. I singoli dispositivi devono contraddirsi o escludersi a vicenda.

Non è dato per contro quando la contraddizione scaturisce dal confronto dei motivi con il dispositivo o da incongruenze fra i singoli considerandi (17).

La contraddizione fra i singoli dispositivi può rendere la sentenza del tutto ineseguibile e quindi inefficace.

In casi limite, la sentenza contenente disposizioni contraddittorie è da parificare ad una sentenza assolutamente nulla e incapace di produrre effetti (18).

Questo motivo di revisione non va confuso con il rimedio improprio dell'interpretazione (19), che ha per scopo quello di chiarire il senso di dispositivi ambigui od oscuri del giudizio.

Nel caso di disposizioni contraddittorie motivanti una domanda di revisione, invece, il senso dei singoli disposti in contrasto fra di loro è chiaro e non dà luogo a differenti possibilità d'interpretazione.

(16) Art. 340 lit c) CPC. (17) Läubli 99.

(18) Guldener, Nichtigkeits- (19) Art. 333 CPC.
schwerde 97

5.3. Errore di fatto risultante dagli atti di causa

Gli estremi di questo motivo di revisione sono esattamente e dettagliatamente definiti dal codice.

La domanda di revisione di una sentenza può esser proposta, se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o dai documenti di causa. "Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituisce un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare" (20).

Passando ad esaminare singolarmente le premesse di questo motivo di revisione risulta il seguente quadro.

5.3.1. Errore di fatto qualificato

Il difetto della sentenza deve risultare da un error in facto e non da un error in iure.

Il vizio deve risiedere in un errata soluzione della questione di fatto, ossia in un inesatto accertamento dei fatti posti a base della decisione impugnata.

In altre parole, il difetto deve essere attribuibile all'operato del giudice nell'accertamento della questio facti.

L'errore di fatto deve inoltre essere qualificato: non ogni erroneo accertamento dei fatti dà luogo a questo motivo di revisione.

Il giudice deve aver ritenuto esistente un fatto, la cui inesistenza risulta chiaramente dagli atti, o viceversa deve aver supposto inesistente un fatto, la cui esistenza emerge inequivocabilmente dalle tavole processuali.

(20) Art. 340 lit d) CPC.

In altri termini, l'affermazione del giudice circa l'esistenza, rispettivamente l'inesistenza di una circostanza di fatto deve essere smentita dagli atti. Oggetto del titolo di revisione non è l'apprezzamento più o meno esatto che il giudice fa di un fatto. In nessun caso l'apprezzamento delle prove svolte in corso di istruttoria può essere censurato attraverso questo motivo di revisione (21).

Il difetto della sentenza deve risultare dall'erronea supposizione del giudice a riguardo della semplice esistenza o inesistenza del fatto e non della sua interpretazione o valutazione.

Si tratta quindi di una censura estremamente limitata.

5.3.2. Errore di fatto risultante dagli atti

Come già rilevato, le tavole processuali stesse devono smentire l'affermazione del giudice.

Data la natura del rimedio, non è possibile produrre nuove prove al fine di far risultare l'infondatezza della supposizione del giudice.

La dimostrazione dell'errore, in cui è incorso il giudice nella ricostruzione dei fatti, è possibile unicamente avvalendosi degli atti o dei documenti della causa. Fanno parte degli atti di causa gli allegati che le parti si sono scambiati, i documenti prodotti dalle parti o da terzi, i verbali d'audizione di testi, i verbali di sopralluogo, i referti peritali, le decisioni emanate in precedenza(22). I documenti devono essere stati prodotti nei modi e nelle forme prescritte dal codice. Un documento prodotto unicamente con l'istanza di revisione va estromesso dagli atti senz'altra formalità, non trattandosi di un atto di causa a sensi dell'art. 340 lit d).

(21) Läubli 101; RGP 1938, 552; 1913, 132; 1921, 465.

(22) Läubli 102. Trattandosi soprattutto di decisioni cresciute in giudicato, vale la massima "res iudicata pro veritate habetur".

In questo contesto si pone ancora il problema a sapere se il ritenere dato da parte del giudice un fatto su cui gli atti non si pronunciano possa costituire motivo di revisione.

La questione che non risulta esser stata affrontata dalla prassi giudiziaria ticinese, è controversa nella dottrina. Gli estremi del motivo di revisione chiaramente definiti dal codice, sembrano escludere che una simile fattispecie possa ancora rientrare nell'ambito degli stessi (23).

L'errore di fatto smentito dagli atti è di solito evidente ed è riconducibile ad una svista involontaria del giudice (24).

5.3.3. Rapporto di causalità

Il difetto della sentenza deve essere una conseguenza dell'errore di fatto in cui è incorso il giudice. In altri termini, fra errore nell'accertamento dei fatti e sentenza pregiudizievole per la parte che chiede la revisione deve essere dato un nesso causale.

Il fatto di cui si è ritenuta a torto l'esistenza o l'inesistenza deve esser rilevante e determinante per il contenuto della decisione, o meglio, del dispositivo impugnato.

L'inesatto fondamento di fatto ritenuto dal giudice in contraddizione con gli atti deve aver provocato un pregiudizio all'impugnante. Indirettamente, il disposto statuisce l'esigenza di un gravamen.

La revisione non è data, se nonostante la correzione dell'errore di fatto, la sentenza impugnata avrebbe avuto lo stesso contenuto.

(23) D'altra opinione Läubli 101, il quale tuttavia esamina il problema dal punto di vista dei motivi di cassazione.

(24) Läubli, 103.

5.3.4. Fatto incontestato

L'errore di fatto nel quale il giudice è incorso non deve riguardare "un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare".

Soltanto l'errore su fatti incontestati può costituire motivo di revisione.

Deve quindi trattarsi di fatti pacifici, ammessi dalle parti o perlomeno affermati da una parte e rimasti incontestati da parte dell'avversario.

Talvolta data la contestazione generica che le parti reciprocamente fanno delle affermazioni avversarie, la distinzione fra fatti controversi e fatti pacifici può a prima vista presentare qualche difficoltà.

Questa può essere tuttavia superata esaminando la causa nel suo complesso. Saranno da considerare come controversi i fatti attorno ai quali è stata svolta un'istruzione probatoria (25). Presumibilmente incontestati saranno per contro quei fatti che, nonostante la generica contestazione delle tesi avversarie, non sono stati oggetto di prove. A tal proposito, occorre rilevare che una generica contestazione in sede di allegazioni non è sufficiente ad escludere la possibilità di chiedere la revisione. I fatti non chiaramente contestati si presumono infatti ammessi, "salvo contrarie risultanze di causa" (26).

(25) Art. 184 cpv. 2 CPC.

(26) Art. 170 cpv. 2 CPC.

6. Decisioni impugnabili mediante revisione

6.1. A secondo del iudex a quo

6.1.1. Sentenze di pretori o di giudici di pace

L'art. 341 CPC stabilisce che la domanda di revisione di una sentenza del pretore o del giudice di pace si propone mediante appello, rispettivamente mediante ricorso per cassazione.

Il disposto riprende quando già sanciva l'art. 326 del codice abrogato, il quale escludeva una revisione concepita come rimedio autonomo contro sentenze dei pretori o dei giudici di pace (27).

Il nuovo codice non ha inteso mutare questo ordinamento. Stabilendo che la domanda di revisione di una sentenza del pretore o del giudice di pace sia da proporre mediante appello, rispettivamente mediante ricorso per cassazione, ha semplicemente inteso inquadrare i motivi di revisione nell'ambito di queste due impugnazioni.

Se la sentenza del pretore emanata in procedura ordinaria contiene un motivo di revisione, la censura di questo difetto dovrà essere chiesta mediante appello (28).

Se invece uno dei titoli di revisione è ravvisabile in una sentenza del giudice di pace o di pretore quale istanza unica, esso dovrà esser fatto valere attraverso il ricorso di cassazione (29).

I motivi di revisione insiti in sentenze di pretori o di giudici di pace diventano quindi motivi di appello rispettivamente di cassazione.

(27) Cfr. RGP 1925, 243.

(28) In questi casi, data la natura di rimedio completo dell'appello, i motivi di revisione perdono la loro funzione limitativa.

(29) Cfr. 327 lit f) CPC.

Non è ammessa comunque la revisione di sentenze che per la loro natura sono dichiarate inappellabili nel senso di inoppugnabili, ossia di quelle sentenze, contro le quali non è dato, né il rimedio dell'appello, né quello del ricorso per cassazione (30).

6.1.2. Sentenze di una camera del tribunale d'appello

Sono quindi suscettibili di essere impugnate mediante revisione le decisioni emanate dalla camera civile del tribunale d'appello, sia quale istanza di ricorso, sia quale istanza unica (31), nonché quelle emanate dalla camera di cassazione e dalla camera di esecuzione e fallimenti (32).

Il fatto che la decisione sia appellabile al TF non preclude la possibilità di chiedere la revisione (33).

6.2. A seconda della natura del giudizio impugnato

Dal punto di vista formale e sostanziale, è da rilevare che sono impugnabili mediante revisione anzitutto le sentenze di merito statuenti sul fondamento materiale della causa, anche se emanate in procedura sommaria (34).

La revisione deve inoltre esser proponibile anche contro sentenze di natura processuale. La decisione di respingere in ordine un'impugnazione può fondarsi su un errore di fatto al pari di una decisione di natura sostanziale.

Parimenti deve poter esser impugnata mediante revisione la decisione processuale che contiene dispositivi contraddittori o che pronuncia d'ufficio su eccezioni proponibili solo dalle parti (35).

(30) Cfr. RGP 1930, 393: è esclusa la revisione del decreto esecutivo emanato in base all'art. 545 CPC 1924.

(31) Art. 302 CPC.

(32) Cfr. RGP 1955, 392 in cui è ammessa la revisione di decisioni rese dalla CEF quale autorità di ricorso in materia di rigetto dell'opposizione.

(33) Modifica introdotta nel 1924 cfr. Läubli 92; art. 326 CPC 1899 e RGP 1907, 304.

(34) RGP 1938, 552

(35) Ad esempio sull'eccezione d'incompetenza territoriale nel caso di foro facoltativo e prorogabile.

La necessità di poter disporre di un mezzo d'impugnazione per poter far valere determinati difetti può rivelarsi altrettanto impellente in tema di decisioni d'ordine, quanto in tema di decisioni di merito.

Entrano in linea di conto tanto le decisioni d'ordine che pongono fine al procedimento, quanto quelle che lo dirigono; fra quest'ultime vanno tuttavia escluse quelle di semplice trafila, che pur essendo rivolte alla direzione del procedimento, nulla mutano ai diritti ed alla posizione processuale delle parti (36).

Nonostante il testo legale, sono quindi da ritenere impugnabili mediante revisione tanto le sentenze, quanto i decreti processuali (37).

(36) Ad esempio ordinanze (art. 95 CPC).

(37) Ad esempio il decreto che accoglie un'eccezione d'incompetenza art. 100 CPC.

7. Procedimento di revisione

7.1. Termine

La domanda di revisione deve esser proposta entro il termine di 20 giorni dalla notificazione della sentenza alla camera che ha giudicato (38).

Si tratta di un termine di legge improrogabile, che può tuttavia esser restituito qualora siano date le premesse.

Il ricorso per riforma al TF non sospende la decorrenza del termine (39), né la domanda di revisione sospende il termine di ricorso per riforma al TF (40). Nel caso in cui entrambi i rimedi vengano proposti, il TF sospende la procedura di ricorso per riforma, in attesa della decisione cantonale sull'istanza di revisione (41).

Nonostante la possibilità di chiedere la revisione anche di sentenze emanate con la procedura sommaria, non esiste un'esplicita riduzione del termine di revisione sul modello di quella prevista dagli art. 308, 328 e 388 CPC. La revisione resta quindi in linea di massima proponibile entro il termine di 20 giorni anche contro una sentenza emanata dalla camera civile d'appello o dalla camera di esecuzione e fallimenti in materia cambiaria (42).

(38) Art. 341 cpv. 2 e 342.

(39) Cfr. RGP 1918, 439 e 1929, 435.

(40) Art. 54 cpv. 1 OG.

(41) Art. 57 OG.

(42) La soluzione non è di per sé contraria al diritto federale (art. 185 LEF): la revisione non può esser considerata un ricorso all'autorità cantonale superiore.

7.2. Forma e contenuto della domanda di revisione

All'infuori della prescrizione della forma scritta, il codice non contiene alcun'altra disposizione. Il codice abrogato prevedeva la forma incidentale.

Nonostante l'assenza di disposizioni precise è tuttavia da ritenere che la domanda di revisione - oltre alle parti ed alla decisione impugnata - debba specificare il motivo di revisione invocato e la fattispecie sulla quale si fondano le censure.

La domanda di revisione è notificata alla controparte, la quale, nel termine di 20 giorni ha la facoltà di inoltrare le sue osservazioni.

7.3. Legittimazione e gravamen

Per quanto concerne questi problemi, si rinvia alle considerazioni esposte per il ricorso per cassazione, applicabili per analogia anche alla revisione. Da rilevare che la legittimazione a chiedere la revisione va fondamentalmente riconosciuta anche alla parte preclusa.

8. Giudizio di revisione

La camera adita dalla domanda di revisione di una sua sentenza esamina anzitutto se esistono i presupposti per ammettere in ordine il rimedio.

Mancando un presupposto per l'apertura del procedimento di revisione, la domanda viene respinta in ordine senza entrare nel merito (43).

Qualora siano dati i presupposti processuali specifici per l'apertura del procedimento di revisione, la camera passa ad esaminare la domanda per accertarne l'eventuale fondatezza. L'esame della camera si limita alla fattispecie dalla quale l'istante deduce l'esistenza di un motivo di revisione. Come nel caso del ricorso per cassazione, la qualificazione giuridica che l'istante conferisce alla fattispecie addotta quale censura, non è determinante. L'invocazione di un titolo di revisione non pertinente non porta inevitabilmente al rigetto della domanda, se dai fatti addotti è ravvisabile un altro motivo di revisione.

La camera adita ammette o respinge la domanda di revisione a seconda che sia dato o meno uno dei motivi di revisione: contro questo giudizio, riservati i rimedi di diritto federale (44), non è dato alcun mezzo d'impugnazione (45).

Il giudizio che ammette la domanda di revisione (46) annulla nel contempo in tutto o in parte la sentenza impugnata (47). Data la natura di rimedio non devolutivo, la revisione non può avere che carattere riformatorio, essendo impensabile un rinvio ad altra istanza.

La decisione di annullamento della sentenza impugnata sarà quindi seguita da una nuova decisione subentrante in luogo e vece di quella annullata.

Contro questo nuovo giudizio non sono proponibili rimedi di diritto cantonale, ad eccezione di una eventuale domanda d'interpretazione.

(43) Ad esempio per intemperatività.

(44) Entrerebbe in considerazione unicamente il ricorso di diritto pubblico.

(45) Art. 345 CPC.

(46) Iudicium rescindens

(47) Art. 344 CPC.

IV La restituzione in intero

Con la revisione del codice, sono scomparse dal capitolo dedicato ai mezzi d'impugnazione la restituzione in intero contro il lasso dei termini (1) e la restituzione in intero contro le conclusioni di causa (2). Questi istituti processuali sono stati integrati fra le disposizioni generali del codice.

Più avanti, verrà brevemente esaminata la questione a sapere se, ed eventualmente in quale misura, gli attuali istituti della restituzione in intero contro il lasso dei termini (3) e per omessa indicazione di fatti o produzione di prove (4) possano ancora essere considerati come rimedi contro le sentenze. Entrambi gli istituti tendono infatti a mitigare le conseguenze dell'applicazione del principio dell'eventualità e della suddivisione del processo in stadi.

Delle restituzioni previste dal codice abrogato, il nuovo CPC, quale mezzo d'impugnazione, ha ripreso unicamente la restituzione in intero contro le sentenze.

1. La restituzione in intero contro le sentenze

1.1. La restituzione in intero contro le sentenze quale rimedio straordinario

La restituzione in intero contro le sentenze viene generalmente classificata fra i mezzi d'impugnazione straordinari (5).

Essa ha infatti per oggetto soprattutto decisioni cresciute in giudicato, affette da vizi tali da renderle inidonee al perseguimento dei fini specifici del processo. Si tratta in genere di difetti risultanti da una discrepanza fra la verità materiale ed i fatti accertati e posti alla base del giudizio.

(1) Art. 332 CPC 1924.

(2) Art. 335 CPC 1924.

(3) Art. 137 CPC.

(4) Art. 138 CPC.

(5) Guldener 533, Kummer 228.

L'errore di fatto, che vizia la decisione, è ravvisabile nella mancata considerazione, da parte del giudice, di elementi di fatto, verificatisi prima dell'emanazione del giudizio (6), ma emersi soltanto dopo l'emanazione di quest'ultimo, nonostante l'adozione da parte del soccombente di tutte quelle misure precauzionali che una diligente condotta processuale richiede (7).

Il difetto della decisione risulterà quindi dal confronto dei fatti accertati e ritenuti, con un elemento nuovo, sconosciuto al giudice ed alla parte interessata sino al momento dell'emanazione del giudizio impugnato.

Per principio, dopo la conclusione del processo con una decisione cresciuta in giudicato e quindi inattaccabile con mezzi d'impugnazione ordinari, è esclusa la riapertura del procedimento al fine di introdurre nuovi elementi ed ottenere una modifica della decisione. La discrepanza tra la verità materiale e la verità formale del giudizio può essere tuttavia tale da giustificare la riapertura del processo. L'interesse ad una decisione giusta prevale sull'interesse per la res iudicata. La restituzione in intero contro le sentenze permette, in determinate ed eccezionali circostanze, di riesaminare il giudizio tenendo conto di fatti o prove emersi in epoca successiva alla sua emanazione.

Il rimedio, in linea di massima, è rivolto contro sentenze cresciute in giudicato ed è quindi di natura straordinaria. Ciò è tuttavia esatto soltanto nella misura in cui sia possibile, prima della crescita in giudicato della decisione, far valere con altri mezzi processuali (8) i motivi che danno luogo a restituzione.

(6) Guldener 531 N 5.

(7) Lanini 35.

(8) Quali la restituzione ex art.138 CPC o l'appello.

L'ordinamento stabilito dal CPC esclude praticamente qualsiasi possibilità di addurre nuovi fatti o nuove circostanze dopo lo stadio delle conclusioni (9). Data la rigida disciplina dei termini della restituzione, decorrenti dal momento della scoperta del motivo di restituzione, quest'ultima è da ritenere proponibile anche se la sentenza, di per sè, è ancora appellabile (10). In questi casi, la crescita in giudizio della decisione impugnata subentra soltanto nel corso della procedura di restituzione, con la decorrenza infruttuosa del termine per appellare.

1.2. La restituzione in intero contro le sentenze quale
rimedio non devolutivo

La domanda di restituzione in intero contro le sentenze "si propone con azione ordinaria dinanzi al giudice che ha giudicato in prima istanza" (11). Il rimedio non ha pertanto effetto devolutivo. L'assenza di effetto devolutivo è del tutto giustificabile, dato che il motivo di restituzione, salvo il caso di reato del giudice, è estraneo all'attività esplicata da quest'ultimo (12). Sono quindi date le premesse per un giudizio imparziale ed oggettivo sull'istanza. Il codice stesso si preoccupa di sottolineare che la domanda di restituzione "non costituisce un motivo di ricusazione del giudice che ha emanato il giudizio così impugnato" (13).

(9) Anche se teoricamente il diritto positivo non pone un termine massimo all'insinuazione di domande di restituzione per omessa adduzione di fatti o di prove. Cfr. sotto pag. 254 ss.

(10) Contra, Lanini 36.

(11) Art. 349 cpv. 1 CPC.

(12) Nel caso di reato del giudice l'art. 349 cpv. 2 CPC è lecito attendersi che il giudice sia stato precedentemente rimosso dall'ufficio.

(13) Art. 349 cpv. 2 CPC.

In questo contesto, si pone la questione a sapere quale sia il giudice competente a conoscere la domanda di restituzione. Il CPC dichiara competente il giudice che ha pronunciato in prima istanza e non il giudice che ha emesso la sentenza impugnata (14). Tale ordinamento è strettamente connesso con il divieto di produrre nova nella procedura d'appello e si fonde sulla concezione dell'immutabilità del tema processuale, stabilito davanti al giudice di prime cure, anche nelle istanze superiori.

Stando al codice quindi, la restituzione contro una sentenza emanata dalla camera civile d'appello o dalla camera di cassazione in seguito ad un'impugnazione dovrà essere chiesta al giudice di prime cure, ossia al pretore o al giudice di pace, secondo le loro rispettive competenze.

La soluzione adottata dal codice non può non suscitare qualche perplessità. Il giudice inferiore viene infatti ad avere la possibilità di annullare il giudizio di un giudice gerarchicamente superiore (15).

E' per contro escluso che il giudice cantonale possa revocare, attraverso l'accoglimento di una domanda di restituzione in intero, una sentenza pronunciata dal tribunale federale (16). Il giudizio di quest'ultima istanza, statuyente su un ricorso per riforma, si sostituisce a quello dell'istanza cantonale. Contro di esso sono proponibili unicamente i rimedi straordinari del diritto federale (17).

(14) Art. 349 cpv. 1 CPC. Lanini 62

(15) L'ordinamento è tuttavia conforme al principio del doppio grado di giurisdizione.

(16) Statuyente sul merito della lite. Lanini 37.

(17) Lanini 66. Un diverso ordinamento sarebbe contrario al diritto federale.

1.3. La restituzione in intero contro le sentenze quale rimedio non sospensivo

La domanda di restituzione non sospende l'esecuzione della sentenza (18).

Le decisioni contro le quali la restituzione è proponibile, sono di regola cresciute in giudicato e quindi esecutive. Nei rari casi, in cui venisse inoltrata una domanda di restituzione prima della decorrenza del termine per appellare, la crescita in giudicato subentra in pendenza dell'impugnazione.

La crescita in giudicato infatti non può venir inibita che dall'introduzione dell'appello.

Il CPC, a differenza di quanto stabilisce per il ricorso per cassazione e per la revisione, non attribuisce al giudice, al quale è chiesta la restituzione, la facoltà di concedere l'effetto sospensivo al giudizio impugnato (19). Il codice abrogato invece, ammetteva questa facoltà (20). Dai lavori legislativi non emerge il motivo che ha portato alla sua soppressione (21). Ci si può pertanto chiedere se non ci si trovi di fronte ad una lacuna legislativa, colmabile attribuendo al giudice il potere di concedere l'effetto sospensivo dell'esecuzione del giudizio su richiesta di parte. La giurisprudenza, sinora, non si è ancora pronunciata a tal proposito.

I motivi che giustificano l'attribuzione di questa facoltà conservano la loro validità, tanto nel caso di un ricorso in cassazione o di una domanda di revisione, quanto nel caso di una domanda di restituzione in intero contro una sentenza, con la sola differenza che il giudizio può già essere stato eseguito.

(18) Art. 350 cpv. 1 CPC.

(19) Cfr. tuttavia RGP 1904, 461.

(20) Cfr. art. 341 e 328 del CPC 1924.

(21) Già il progetto del consiglio di stato sopprimeva la facoltà di concedere l'effetto sospensivo, senza tuttavia motivare questa modifica legislativa.

1.4. Limiti della restituzione in intero contro le sentenze e motivi di restituzione

La struttura del mezzo d'impugnazione rende non soltanto possibile, ma necessaria l'introduzione di nova nel processo.

Data la portata del rimedio - rivolto all'annullamento o alla modifica di un giudizio cresciuto in forza di giudicato - sono ammessi unicamente determinati fatti nuovi, nei quali è identificabile un preciso motivo di restituzione. Entrano in considerazione circostanze di fatto verificatesi prima dell'emanazione del giudizio impugnato, ma scoperte soltanto in seguito.

Nel processo riaperto non vengono soltanto introdotti nuovi fatti ma anche nuove prove, necessarie all'atto-
 re in via di restituzione per dimostrare la fondatezza del motivo invocato.

Nuove eccezioni e nuove contestazioni sono parimenti da ammettere nella misura in cui siano connesse al motivo di restituzione fatto valere.

Il riesame da parte del giudice della restituzione "si estende a tutte quelle questioni formanti oggetto di decisione della sentenza impugnata, anche se non direttamente investite dal motivo di restituzione" (22). Se la domanda di restituzione è accolta, il giudice determina la misura sull'annullamento del giudizio impugnato e del procedimento che lo precede (23).

Il novero delle censure proponibili attraverso il rimedio della restituzione è ristretto. Soltanto determinati tipi di error in facto danno luogo a restituzione. Non è per contro censurabile attraverso un titolo di restituzione il cosiddetto error in iure. Il difetto insito nel giudizio impugnato deve configurarsi in un accertamento dei fatti contrario alla verità materiale: non può scaturire da un'erronea applicazione della legge.

(22) Lanini 64.

(23) Guldener 535 s.

Il carattere di rimedio eccezionale fa apparire l'enumerazione dei motivi di restituzione come strettamente esaustiva ed esclude qualsiasi estensione anche solo in via d'interpretazione analogica (24).

Ogni motivo di restituzione deve stare in stretto rapporto di causalità con il difetto della sentenza censurata.

Il requisito del nesso di causalità emerge chiaramente dalla formulazione dei motivi di restituzione; in ognuno di essi (25), il nesso di causalità è messo in evidenza dal termine "decisivo". L'errore in cui è incorso il giudice nell'accertamento della fattispecie deve apparire determinante ai fini del giudizio.

Il nesso di causalità è dato quando è da ritenere che il giudizio sarebbe stato diverso, se la fattispecie su cui si fonda il motivo di restituzione fosse stata tempestivamente considerata (26).

Se si può ritenere che, senza la prova rivelatasi falsa, o il giudizio annullato, o il dolo di una parte in danno dell'altra, la sentenza impugnata avrebbe avuto un diverso tenore, la domanda di restituzione è da accogliere.

La prova dell'esistenza del nesso di causalità fra motivo di restituzione e vizio della sentenza incombe alla parte che chiede la restituzione. La prova è da considerare riuscita quando sia stata dimostrata la possibilità di una sentenza diversa.

La dimostrazione della fondatezza del motivo di restituzione invocato e del nesso di causalità, che intercorre fra il motivo ed il vizio della sentenza impugnata, non è tuttavia sufficiente per ottenere, oltre all'annullamento del giudizio, anche l'emanazione di una sentenza più favorevole all'impugnante.

(24) Cfr. RGP 1964, 259: la restituzione in intero è per sua natura un rimedio eccezionale da interpretare restrittivamente.

(25) Salvo nell'ultimo titolo di restituzione, nel quale il nesso di causalità è messo in evidenza dal termine "effetto".

(26) Lanini 38.

Occorre infatti tener presente l'ordinamento della restituzione, suddiviso in un giudizio rescindente, pronunciante sugli estremi della restituzione, ed in un giudizio rescissorio, statuente sul merito della lite. Non è infatti da escludere che la parte che chiede ed ottiene la restituzione non soccomba ugualmente nel giudizio rescissorio.

La fondatezza del motivo di restituzione invocato costituisce soltanto un indizio che depone a favore di una discrepanza fra la verità materiale ed i fatti ritenuti nella sentenza impugnata (27).

Ammessa la restituzione in intero mediante il giudizio rescindente, le parti sono rimesse nello stato in cui si trovavano prima dell'emanazione della sentenza impugnata. Chiarito l'errore di fatto, spetterà al giudice adito pronunciarsi nuovamente sul merito attraverso il giudizio rescissorio. Di per sè, questo nuovo giudizio può risultare sia identico, sia più favorevole, sia più sfavorevole di quello impugnato per la parte che ha chiesto la restituzione (28).

1.5. Titoli di restituzione

1.5.1. Giudizio fondato su prove false (29)

Il CPC del 1924 disponeva che la restituzione in intero potesse aver luogo qualora il giudizio si fondasse sopra documenti o testimonianze riconosciuti o dichiarati falsi (30).

Il nuovo codice ha esteso il motivo della falsificazione alle altre prove, allineandosi alla tendenza ad ammettere la restituzione per la falsità di ogni prova (31).

(27) Lanini 37.

(28) Ad esempio nel caso di annullamento e ripetizione del procedimento.

(29) Art. 346 lit a) e b) CPC.

(30) Art. 338 cfr. l CPC 1924.

(31) Lanini 47. Si trattava di un'esigenza incontestabile data l'equipollenza delle varie prove. La prova testimoniale non è meno valida di quella documentale.

Una prova è falsa se diverge oggettivamente dalla verità materiale del fatto che si intende provare. Il concetto di falsità va quindi esaminato attraverso criteri esclusivamente oggettivi, tralasciando qualsiasi considerazione di colpa.

Falsità significa negazione della verità, indipendentemente dall'esistenza di un eventuale dolo o negligenza.

Il nuovo codice non ha ripreso testualmente dal vecchio il requisito del riconoscimento o della dichiarazione di falsità della prova.

Secondo l'art. 347 CPC la restituzione è anzitutto ammissibile, qualora la falsa prova sia la conseguenza di un reato accertato dal giudice penale.

La restituzione è inoltre da ammettere nei casi in cui il procedimento penale sia stato abbandonato o sia sfociato in un verdetto d'assoluzione dell'imputato "per motivi diversi dalla mancanza di prove". Determinante non è quindi la condanna o l'assoluzione del presunto autore della prova falsa, ma bensì l'accertamento della falsità stessa. Dal procedimento penale deve quindi emergere la prova della falsità della prova sulla quale si è fondato il giudizio impugnato. Ci si può tuttavia chiedere se il nuovo codice, pur estendendo il motivo di restituzione alle altre prove del processo civile, non ne abbia in sostanza ristretto il campo d'applicazione, limitandolo ai soli casi in cui si verificano gli estremi oggettivi del reato penale (32).

Non sembra tuttavia che tale sia stata l'intenzione del legislatore.

(32) Indipendentemente dal verificarsi delle condizioni di perseguibilità dell'autore della falsità.

La restituzione in intero per il motivo della falsità delle prove è infatti da ammettere anche quando "il procedimento penale non sia proponibile" (33). Con questo si è voluta lasciare aperta la possibilità di ammettere la restituzione anche in casi particolari, quando per varie ragioni l'autore della prova falsa non potesse essere perseguito penalmente.

Rimane pertanto la possibilità prevista dal codice abrogato, di concedere la restituzione anche nei casi in cui la falsità venga riconosciuta in giudizio dal suo autore (34).

Il momento in cui la parte interessata è venuta a conoscenza della falsità può situarsi in epoca sia anteriore, sia posteriore all'emanazione della sentenza impugnata. Tale momento è determinante per la decorrenza del termine d'impugnazione.

1.5.2. Annullamento di giudizio (35)

Questo motivo di restituzione è stato introdotto dal nuovo codice al fine di colmare una lacuna.

Non è infrequente il caso in cui il giudice civile fonda il suo giudizio sulle risultanze di un altro procedimento civile, penale o amministrativo, richiamato dalle parti. Può anzi accadere che il giudizio penale o amministrativo, in determinate circostanze, vincoli, in misura più o meno estesa, il giudice civile successivamente adito (36).

E' logico quindi ammettere che l'annullamento o la modifica di un giudizio civile, penale o amministrativo giustifichi anche l'annullamento degli effetti indirettamente prodotti attraverso un giudizio posteriore (37).

(33) Art. 347 CPC.

(34) Senza che questo riconoscimento comporti conseguenze di natura penale.

(35) Art. 346 lit c) CPC.

(36) Guldener ; art. 112 cpv. 1 CPC.

(37) Art. 112 cpv. 2 CPC.

L'annullamento delle conseguenze esplicate in un successivo giudizio non avviene tuttavia automaticamente in concomitanza con l'annullamento del giudizio che ne è la causa. E' necessario che la parte interessata rivolga al giudice un'analoga istanza di restituzione in intero e promuova un nuovo procedimento.

1.5.3. Ritrovamento di documenti (38)

La restituzione in intero contro una sentenza ha luogo "se dopo la sentenza si sia trovato un documento decisivo, che la parte non ha potuto produrre prima senza sua colpa". Il titolo di restituzione era già noto al passato codice, dal quale è stato ripreso senza sostanziali modificazioni.

Il motivo di restituzione è limitato al ritrovamento di un documento. Salvo il caso previsto dai combinati art. 189 e 346 lit d) in fine (39), resta escluso quale motivo di restituzione il ritrovamento di altre prove (40).

Il termine documento è da intendere nel senso lato di prova documentale: non è necessario che la nuova prova sia contenuta in un unico atto scritto. Il nuovo codice ha sostituito il termine "ritrovato" (41), di cui all'art. 328 cfr. 2 del CPC abrogato, con il termine "trovato".

Non è strettamente indispensabile che la parte che chiede la restituzione sia già in possesso del documento al momento in cui propone la domanda di restituzione. Il documento potrà trovarsi in possesso di terzi: spetterà all'attore agente in via di restituzione chiederne l'edizione nelle forme previste dagli art. 206 §§ CPC.

(38) Art. 346 lit d) CPC.

(39) Cfr. oltre pag. 242

(40) Ad es. testi reperiti soltanto dopo la sentenza. Il redattore del CPC 1899 voleva concedere la restituzione per ogni prova. La proposta venne respinta in sede commissionale (cfr. Lanini 51 nota 107).

(41) Che potrebbe far pensare ad un precedente processo.

Il motivo di restituzione del ritrovamento di documenti esige ancora l'assenza di colpa della parte produttore (42). Si tratta di un requisito soggettivo che l'istante deve provare nel corso del processo di restituzione.

Nel concetto di colpa è racchiuso tanto il dolo quanto la negligenza (43).

La situazione processuale concreta porterà praticamente sempre a discutere attorno alla prova di mancanza di negligenza. Una prova dell'assenza di dolo nella produzione tardiva del documento non risulterà necessaria che nei casi in cui la controparte affermasse l'esistenza di un'omissione intenzionale commessa dalla parte che chiede la restituzione. La prova dell'assenza di negligenza coincide con quella di aver usato la necessaria diligenza nel raccogliere le prove (44).

Alla parte che chiede la restituzione per il titolo dell'art. 347 lit d) non deve poter esser mosso oggettivamente nessun rimprovero circa la sua precedente condotta processuale.

Evidentemente, dato che la prova della mancanza di colpa si riduce alla prova di un fatto negativo, non si può spingere le esigenze probatorie al punto di rendere inapplicabile il titolo di restituzione. Questo lascia al giudice un potere d'apprezzamento relativamente ampio, da esercitare coscienziosamente in base alle circostanze concrete ed al comportamento processuale del richiedente.

Trattandosi di un presupposto processuale specifico del rimedio, vige il principio inquisitorio: il giudice non è di conseguenza limitato all'offerta di prove dell'attore.

(42) Lanini, 52-54.

(43) RGP 1956, 55.

(44) Non si può ragionevolmente esigere la prova positiva dell'assenza di colpa.

1.5.4. Recupero di prove offerte o richieste

ma non assunte (45).

L'art. 347 lit d) stabilisce inoltre che la restituzione in intero può essere concessa nei casi previsti dall'art. 182 CPC.

Questo disposto permette al giudice, qualora constati che all'assunzione delle prove si oppone un impedimento o sia dubbio che la prova possa essere esperita, di ordinare la continuazione del processo senza questa prova, riservata la restituzione in intero.

La norma è stata introdotta al fine di impedire che eventuali difficoltà che dovessero insorgere all'atto dell'assunzione delle prove blocchino o ritardino, magari senza motivo, il corso del processo.

Oltre garantire lo svolgimento sollecito del processo, il disposto è atto a costituire un freno a richieste esagerate di prove" (46).

La parte interessata alla prova, qualora venissero a cadere gli ostacoli che ne impedivano l'assunzione, potrà sempre chiedere quest'ultima, dopo l'emanazione della sentenza con una domanda di restituzione fondata sull'art. 346 lit d) CPC (47).

L'art. 190 CPC è in stretta connessione con l'art. 189 cpv 2, di cui costituisce un'appendice: "se la prova deve essere assunta all'estero, dopo esperite le altre prove, il giudice fissa un termine trascorso il quale emanerà la sentenza, salvo la restituzione in intero".

Evidentemente, la domanda di restituzione potrà fondarsi anche sui combinati disposti degli art. 346 lit d) e 190 CPC. In ogni caso è indispensabile che la prova recuperata sia stata debitamente offerta o richiesta nel corso del procedimento che ha preceduto l'emanazione del giudizio impugnato.

(45) Art. 346 lit d) CPC in fine.

(46) Picard, 271.

(47) Prima dell'emanazione del giudizio basterà una semplice istanza al giudice, che può modificare l'ordinanza sulle prove (art. 182 e 95 cpv. 2 CPC).

1.5.5. Dolo di una parte a danno dell'altra (48)

L'art. 68 CPC prescrive alle parti di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.

L'inosservanza di tale disposto non porta necessariamente ad ammettere l'esistenza di un dolo processuale rinvocatorio.

Non ogni attività contraria alla buona fede processuale è idonea a render revocabile la sentenza; il dolo, affinché dia luogo a restituzione, deve presentare determinate caratteristiche oggettive e soggettive.

Non è dolosa l'attività processuale contenuta nei limiti dell'esercizio del proprio diritto, quale la falsa allegazione (49), il silenzio su fatti sfavorevoli alla tesi sostenuta, l'intenzionale omissione di addurre prove favorevoli alla controparte (50).

L'elemento oggettivo del dolo è dato unicamente da un'illegale menomazione dei diritti dell'avversario, intesa nel senso di impedire alla controparte "di apprestare i propri mezzi di difesa ed offesa", sopprimendo o alterando le prove e conducendo pertanto il giudice ad un giudizio erroneo.

Il dolo processuale è dato di regola da un comportamento attivo; più raro ma non da escludere, è il caso in cui esso sia determinato da un atteggiamento passivo (51).

L'elemento soggettivo è ravvisabile nell'intenzione, ossia nella volontà di avvalersi di mezzi illeciti per limitare i diritti dell'avversario e conseguire un'ingiusta posizione di vantaggio nel processo.

(48) Lanini 54; art. 346 lit e) CPC.

(49) RGP 1915, 37.

(50) RGP 1959, 106.

(51) Circa la cosiddetta truffa processuale cfr. Schwan-der p. 353 N 569 a) e STF 76 IV 282, 78 IV 84.

1.5.6. Reato del giudice

Al dolo processuale di una parte a danno dell'altra, motivo di restituzione già noto al codice abrogato, è stato aggiunto, quale nuovo titolo di restituzione, il reato del giudice.

L'art. 346 lit e) ammette infine la restituzione contro una sentenza che sia l'effetto di un reato del giudice.

Il motivo di restituzione è nuovo e completa i disposti disciplinanti l'azione civile contro i giudici ed i segretari (52): l'azione di risarcimento contro il danneggiatore può infatti risultare meno utile dell'azione di restituzione (53).

Come per il motivo di restituzione della falsità in materia di prove (54), anche i titoli previsti dall'art. 346 lit e) esigono in linea di massima che il reato sia stato preliminarmente accertato dal giudice penale.

Soltanto in casi particolari, la restituzione in intero è da ammettere anche qualora l'abbandono del procedimento o l'assoluzione dell'imputato siano stati pronunciati per motivi diversi dalla mancanza di prove o il procedimento penale non sia stato proponibile (55).

(52) Art. 32 ss CPC.

(53) Picard 288.

(54) Art. 346 lit a) e b).

(55) Ad esempio in seguito a decesso del prevenuto.

1.6. Decisioni impugnabili

Dalla denominazione stessa del mezzo d'impugnazione e dal tenore dell'art. 338 si evince che la restituzione è anzitutto proponibile contro le sentenze, ossia contro le decisioni di merito pronunciate sulla fondatezza dell'azione.

Quale oggetto della domanda di restituzione entrano in considerazione le sentenze dei giudici di pace, dei pretori, sia come istanza unica, sia come giudici di prima istanza. Possono essere inoltre impugnate con la restituzione le sentenze della camera civile d'appello pronunciate, tanto quale istanza di secondo grado, quanto su cause portate direttamente in appello (56). La restituzione può infine essere proposta contro le sentenze della camera di cassazione e della camera di esecuzione e fallimenti statuite quale autorità giudiziaria.

V'è da chiedersi se la restituzione, all'infuori delle decisioni di merito, possa esser proposta anche contro i giudizi d'ordine.

E' anzitutto da escludere che essa possa esser chiesta contro le ordinanze, provvedimenti questi disciplinanti l'andamento del processo e modificabili (57).

Per quanto riguarda i decreti, occorre rilevare che essi, di regola, non crescono in giudicato materiale (58).

L'errore di fatto nel quale si configura il motivo di restituzione può quindi esser superato reiterando il procedimento, qualora il decreto abbia posto fine al processo.

(56) Art. 302 CPC.

(57) Art. 95 cpv. 2 CPC.

(58). Lanini 35, Guldener 381, 533.

La restituzione va tuttavia indirettamente ammessa contro quei decreti che hanno respinto eccezioni processuali o affermato la ricorrenza dei presupposti processuali (59) ed hanno quindi permesso al giudice di emanare una decisione di prosecuzione del processo.

La domanda di restituzione va rivolta ad ogni modo contro il giudizio finale di merito (60).

Si può quindi affermare che la restituzione è proponibile soltanto contro i giudizi di merito emanati in prima o seconda istanza da un giudice cantonale.

Non possono invece essere impugnate mediante restituzione in intero le sentenze emanate dal tribunale federale.

1.7. Procedimento di restituzione

1.7.1. Legittimazione

La legittimazione attiva e passiva non è disciplinata esplicitamente dal codice. Sono tuttavia applicabili le considerazioni esposte a proposito degli altri mezzi d'impugnazione.

Legittimata a chiedere la restituzione in intero è anzitutto la parte soccombente ed i litisconsorti necessari. Parimenti legittimati sono gli intervenienti in lite.

Anche per la restituzione in intero è richiesta, quale presupposto processuale, l'esistenza di un gravame. E' legittimata a chiedere la restituzione in intero unicamente la parte che ha subito un pregiudizio in conseguenza della sentenza impugnata.

(59) Lanini 65.

(60) Anche se evidenti considerazioni di economia processuale giustificerebbero la proponibilità di una simile domanda di restituzione prima dell'emanazione del giudizio di merito.

1.7.2. Termini

La disciplina dei termini del rimedio, lacunosa ed imperfetta nel codice abrogato (61), è stata riveduta e precisata.

Il nuovo codice prevede due ordini di termini, entrambi di carattere perentorio.

La domanda di restituzione deve essere proposta entro venti giorni dal momento in cui il richiedente è venuto a conoscenza dei motivi che la giustificano (62).

Si tratta di un termine stabilito dalla legge e quindi improrogabile per accordo di parte o per intervento del giudice (63).

Il termine può tuttavia essere restituito qualora ricorrano gli estremi della restituzione in intero contro il lasso dei termini (64).

Spetta al richiedente fornire le prove necessarie per dimostrare l'osservanza del termine (65).

Trattandosi di un presupposto processuale, al giudice incombe il compito d'indagare d'ufficio, onde accertarne la ricorrenza sulla scorta delle prove offerte dall'istante.

Il codice stabilisce inoltre un termine massimo di dieci anni dalla notificazione della sentenza, oltre il quale ogni domanda di restituzione diventa improponibile.

In due casi, il termine assoluto di prescrizione è ridotto ad un anno a decorrere dalla notificazione della sentenza.

(61) Cfr. art. 340 CPC 1924, Lanini 60.

(62) Art. 348 CPC.

(63) Art. 129 CPC.

(64) Art. 137 CPC.

(65) In caso di Beweisnotstand è sufficiente rendere plausibile le asserzioni fatte a proposito del momento della scoperta: Lanini 60 N 157.

Qualora il giudice nel corso dell'istruzione probatoria dovesse constatare che all'assunzione delle prove si oppone un impedimento o qualora risultasse dubbio che la prova possa essere esperita, il giudice ordina la continuazione del processo (66) senza quella prova, salvo la restituzione in intero, da proporsi entro il termine massimo di un anno dalla notificazione della sentenza.

Parimenti, nel caso in cui la prova dovesse essere assunta all'estero, il giudice fissa un termine, trascorso il quale emanerà la sentenza, salvo la restituzione in intero (67). Anche in questo caso, la domanda di restituzione va proposta entro un anno dalla notificazione del giudizio.

Anche l'osservanza del termine assoluto va esaminata d'ufficio, quale presupposto processuale specifico del procedimento di restituzione.

1.7.3. Forma e contenuto

La domanda di restituzione va proposta con azione ordinaria (68). Il termine "azione ordinaria" non deve trarre in inganno: la procedura di restituzione può avvenire tanto nelle forme previste dagli art. 165 ss CPC, quanto in quelle applicabili alle cause inappellabili (69).

Determinante per la scelta della procedura sarà l'ordinamento disciplinante la suddivisione delle competenze fra giudici di pace e pretori come istanza unica da un lato, e pretori quali giudici di prima istanza dall'altro.

La domanda di restituzione contro una sentenza del giudice di pace del pretore quale istanza unica o della camera di cassazione va proposta mediante citazione al giudice di prima istanza (70).

(66) Art. 189 cpv. 2

(67) Art. 120 CPC.

(68) Art. 349 cpv. 1 CPC.

(69) Art. 291 ss CPC.

(70) RGP 1925, 542; 1918, 183 s.

La restituzione contro giudizi emanati dal pretore o dalla camera civile d'appello in cause appellabili va invece chiesta nelle forme della procedura ordinaria (71).

Al procedimento di restituzione, per contro, non dovrebbero tornare applicabili le procedure speciali (72), ossia quella sommaria e quella accelerata. Quest'ultime fanno stato unicamente per il procedimento successivo al iudicium rescindens, dedicato all'esame delle domande di merito.

Unitamente alla domanda di restituzione vanno proposte le domande di merito (73).

1.8. Giudizio di restituzione

Proposta la domanda di restituzione, il giudice adito esamina anzitutto se sono dati i presupposti specifici del rimedio. In modo particolare, se è dato il titolo di restituzione addotto ed il nesso causale con il dispositivo del giudizio impugnato. In caso di accoglimento della domanda di restituzione il giudice pronuncia l'annullamento del giudizio impugnato (74), (757 rimettendo le parti nello stato in cui si trovavano prima della sua emanazione.

La legge non dice se, ed eventualmente in qual misura, debba essere annullato il procedimento che ha condotto al giudizio impugnato.

E' comunque da ritenere che il procedimento sia da annullare nella misura in cui risulti viziato dal titolo di restituzione addotto.

(71) Art. 165 ss CPC.

(72) Cfr. libro III del CPC art. 354 ss.

(73) Art. 349 cpv. 3 CPC.

(74) Iudicium rescindens. Il diritto processuale positivo non prevede esplicitamente l'emanazione di un giudizio preliminare sulla fondatezza della domanda di restituzione. E' tuttavia auspicabile che il giudice al quale è proposta una domanda di restituzione si pronunci anzitutto sulla fondatezza di quest'ultima. Trattandosi di una domanda processuale, il iudicium rescindens dovrebbe essere emanato nella forma del decreto.

(75) Di parere contrario Lanini pag. 40 ss, il quale attribuisce al iudicium rescindens valore unicamente declatorio.

Dal tenore del cpv. 3 dell'art. 349 CPC (76) si potrebbe anzi dedurre che il procedimento, che ha condotto al giudizio annullato, sia interamente da ripetere. In seguito alla scoperta dell'errore nell'accertamento della verità materiale, l'istante in via di restituzione può infatti trovarsi di fronte ad una situazione di fatto completamente diversa, che lo obbliga a modificare le allegazioni, le domande e le prove precedentemente addotte.

Ritenuto fondato il motivo di restituzione addotto, converrà pertanto ammettere un ampio riesame della causa, ripetendo, se necessario, l'intera istruzione probatoria.

Il procedimento di restituzione si conclude con un nuovo giudizio (77), emanato in base alle risultanze processuali corrette.

Il giudizio impugnato non vincola il giudice della restituzione. Non sussistendo alcun divieto di reformatio in peius, il nuovo giudizio può essere sia più favorevole, sia più sfavorevole di quello impugnato per la parte che ha chiesto la restituzione.

Parimenti il giudice può giungere ad un giudizio identico a quello impugnato seguendo altre considerazioni.

Contro il nuovo giudizio sono proponibili i rispettivi, usuali mezzi d'impugnazione (78).

(76) "Le domande di merito si propongono con la medesima azione" (sottinteso di restituzione).

(77) Iudicium rescissorium.

(78) Appello, ricorso per cassazione.

2. La restituzione in intero contro il lasso dei termini

I termini del diritto processuale si suddividono in due categorie: i termini previsti dalla legge (79) ed i termini stabiliti dal giudice (80).

I primi sono perentori: "non possono essere abbreviati, né prorogati, né sospesi per accordo delle parti o per decisione del giudice". Il loro ossequio va rilevato d'ufficio.

I termini stabiliti dal giudice, invece, possono essere prorogati dal giudice su istanza di parte.

L'inosservanza dei termini comporta la preclusione della parte alla quale il termine era stato assegnato.

"La parte che omette di compiere un atto processuale entro il termine, perde il diritto di compierlo, salvo contraria disposizione del codice" (81).

La preclusione subentra sia nel caso di inosservanza di termini legali, sia in quello di inosservanza di termini stabiliti dal giudice, indipendentemente da eventuali negligenze.

Il CPC mitiga tuttavia la rigidità della sanzione, quando alla parte preclusa non è imputabile alcuna negligenza.

"La restituzione in intero per inosservanza di un termine è concessa, se l'istante o il suo patrocinatore dimostra di essere stato impedito di agire, di comparire o di chiedere un rinvio, perchè senza sua colpa ignorava la scadenza del termine, oppure perchè la notificazione è avvenuta così tardi da renderne impossibile l'osservanza, oppure ancora perchè l'impedimento di compiere in tempo utile l'atto era dovuto a fatto grave, che non poteva essere evitato" (82).

La restituzione deve essere chiesta mediante domanda processuale entro dieci giorni dalla cessazione dell'impedimento, rispettivamente dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza della scadenza del termine (83).

(79) Art. 129 CPC.

(80) Art. 130 CPC.

(81) Art. 134 CPC.

(82) Art. 137 CPC.

(83) Art. 139 CPC.

Se l'istanza di restituzione è accolta, il giudice, nel decreto assegna all'istante un termine per compiere l'atto processuale omesso (84).

Accade talvolta che la situazione di preclusione si protragga sin oltre il giudizio. Appare ingiustificato in questi casi negare alla parte preclusa qualsiasi protezione giuridica.

Il diritto positivo non stabilisce un termine massimo oltre il quale è escluso proporre una domanda di restituzione. E' lecito quindi dedurre che ciò sia possibile anche dopo l'emanazione della sentenza (85).

In questi casi l'istanza di restituzione in intero è intesa a ripristinare la situazione processuale esistente al momento in cui è subentrata la preclusione, concedendo alla parte preclusa la possibilità di compiere l'atto processuale omesso senza sua colpa.

E' evidente che in questi casi l'accoglimento della domanda di restituzione debba comportare di riflesso l'annullamento di tutti gli atti procedurali successivi alla preclusione (86), compreso il giudizio finale.

La restituzione in intero contro il lasso dei termini in questi casi appare come un rimedio processuale atto ad eliminare la forza di giudicato di una decisione. In simili circostanze essa può esser considerata come un limite indiretto del giudicato o come un mezzo d'impugnazione improprio (87).

La domanda di restituzione, corredata dalle necessarie prove, va formulata al giudice davanti al quale si è verificata la preclusione (88).

(84) Art. 140, 92, 92, 96 CPC.

(85) Guldener SJZ 37, 230 ss; 55, 369 ss.

(86) Cfr. RGP 1921, 287.

(87) Da rilevare ancora che la domanda di restituzione in intero contro il lasso dei termini può esser proposta al fine di ripristinare un termine per impugnare un giudizio (cfr. Lanini, 72).

(88) In forma scritta art. 92 CPC in fine.

Il codice non disciplina i casi nei quali la domanda di restituzione è posteriore all'emanazione del giudizio. E' da ritenere tuttavia applicabile una procedura analoga a quella prevista per la restituzione in intero contro le sentenze (89).

Anche in questi casi occorrerà distinguere una prima fase culminante in un giudizio rescidente, seguita da una seconda fase terminante con il nuovo giudizio di merito.

(89) Art. 163 e 346 ss CPC. Il termine di preclusione assoluta dovrebbe quindi essere di dieci anni, analogamente al termine previsto dall'art. 348 CPC.

4. Restituzione in intero per omessa indicazione di fatti o di prove (90)

L'ordinamento processuale istituito dal CPC si fonda sul principio della suddivisione del processo in stadi e sul principio dell'eventualità (91).

Le parti devono addurre in una sola volta, i fatti e le relative prove, le domande, le eccezioni e le motivazioni di diritto.

Terminata la fase delle allegazioni e delle contestazioni con l'udienza preliminare, non sono più ammesse, di regola, successive completazioni (92).

Il principio dell'eventualità e la sanzione della preclusione impongono alle parti una notevole diligenza processuale. Al fine di mitigare le conseguenze di una rigorosa applicazione della massima dell'eventualità, il legislatore ha ripreso anche nel nuovo codice l'istituto della restituzione per omessa indicazione di fatti o di prove (93).

"La restituzione in intero per produrre nuovi mezzi di azione o di difesa che appaiono influenti per l'esito del processo, è ammessa se la parte dimostra che l'omissione non è imputabile a sua negligenza" (94).

L'istanza di restituzione per omessa produzione di mezzi di azione o di difesa è trattata come una domanda processuale e decisa mediante decreto.

Essa è proponibile entro trenta giorni da che la parte è venuta a conoscenza del fatto che intende addurre o della prova che intende offrire (95). Il codice non stabilisce un termine massimo oltre il quale la domanda diventa improponibile (96).

(90) Art. 138 CPC.

(91) Art. 78 CPC, Picard 51, Guldener 181.

(92) Gli art. 80 ed 81 CPC stabiliscono le eccezioni alla regola.

(93) Corrispondente alla restituzione contro le conclusioni in causa del codice abrogato (art. 335 ss CPC 1924).

(94) Art. 138 CPC.

(95) Art. 139, 140 e rel CPC.

(96) Trattasi di una vera lacuna della legge.

Il codice abrogato stabiliva che la restituzione in intero contro le proprie conclusioni era possibile "prima della sentenza definitiva" (97).

La dottrina ha interpretato il termine "sentenza definitiva" nel senso di sentenza cresciuta in giudicato, ammettendo di conseguenza la proponibilità di una domanda di restituzione anche durante il procedimento d'appello (98). Dai lavori legislativi del nuovo CPC non emerge l'intenzione del legislatore circa il termine massimo applicabile a questo genere di restituzione. Pertanto, non sarebbe fuori luogo dedurre che questi, pur ristrutturando l'ordinamento della restituzione per omessa indicazione di fatti o produzioni di prove, non abbia inteso modificare la disciplina dei termini massimi sino a quel momento vigente.

Si potrebbe pertanto ammettere, anche in base al nuovo codice, simili domande di restituzione, anche se proposte dopo l'emanazione di giudizi appellabili (99).

Condizione necessaria sarebbe che gli stessi non siano ancora cresciuti in giudicato.

In questi casi, la domanda di restituzione proposta al giudice di prime dure, se accolta, esplicherebbe indirettamente effetti sulla decisione appellata.

La soluzione non sarebbe diversa da quella prospettata nel caso di domande di restituzione per inosservanza dei termini proposte dopo l'emanazione del giudizio.

Essa sarebbe tuttavia applicabile unicamente ai giudizi non ancora definitivi, ossia non ancora cresciuti in giudicato poiché appellati.

Va comunque rilevato che questa tesi, proposta da Lanini per il codice abrogato, non è stata sinora presa in considerazione della giurisprudenza.

(97) Art. 135 CPC 1924. Il termine "definitivo" è stato introdotto dal CPC 1899. Il CPC 1843 (art. 333) non prevedeva questa distinzione ma stabiliva unicamente che la domanda era proponibile "prima della sentenza".

(98) Lanini, 79 ss, cfr. RGP 1938, 553.

(99) I giudizi emanati secondo la procedura inappellabile (art. 291 ss CPC) sono invece muniti della forza di giudicato e quindi definitivi sin dal momento della loro emanazione.

Tale tesi inoltre è in contraddizione con l'analisi storica dell'evoluzione del CPC.

L'inserimento delle disposizioni di legge disciplinanti la restituzione in intero per omessa indicazione di fatti o di prove fra le norme generali del procedimento e non più fra i mezzi d'impugnazione induce a ritenere che il legislatore abbia voluto limitare la proponibilità di tali domande al procedimento che precede l'emanazione del giudizio di prima istanza (100).

Concedere spazio a simili domande nelle more del procedimento d'appello, significherebbe misconoscere la natura fondamentale di questo rimedio. L'art. 346 lit d) (101) pone del resto un limite ben preciso alle domande di restituzione per omessa indicazione di prove.

(100) Non dovrebbero sussistere perplessità ad ammettere la proponibilità di un'istanza di restituzione ex art. 138 dopo la presentazione delle conclusioni e del dibattimento finale (art. 280 ss CPC) ma prima dell'emanazione del giudizio.

(101) Restituzione contro il giudizio in caso di rinvenimento di un documento decisivo.

V L'interpretazione

1. Natura dell'interpretazione

Il CPC inserisce le norme disciplinanti l'interpretazione nel titolo dedicato ai mezzi d'impugnazione (1). Tale localizzazione sistematica non è del tutto giustificata.

L'interpretazione di una decisione infatti, pur essendo un'attività giurisdizionale posteriore all'emanazione del giudizio, non è destinata a modificare sostanzialmente la decisione stessa.

Il giudice è infatti chiamato unicamente a togliere le ambiguità o le oscurità dai dispositivi del giudizio, "senza cambiarne la sostanza" (2).

Si tratta pertanto di un semplice rimedio processuale e non di un vero e proprio mezzo d'impugnazione.

Non è in gioco l'apprezzamento delle prove o la soluzione di questioni di diritto, ma unicamente la formulazione esteriore del dispositivo, che si presta appunto a differenti interpretazioni.

Il processo manca di una conclusione inequivocabile ed indiscutibile (3).

2. L'interpretazione quale rimedio non devolutivo

La mancanza di effetto devolutivo è una conseguenza logica della natura del rimedio.

Il giudice che ha emanato il giudizio ambiguo od oscuro è sicuramente la persona più indicata per eliminare i motivi di dubbio.

La domanda d'interpretazione deve pertanto esser rivolta al iudex a quo (4).

(1) Art. 306 lit c) CPC.

(2) Art. 337 CPC.

(3) Guldener 535.

(4) Art. 334 CPC.

3. Sospensività del rimedio

La domanda d'interpretazione, di per sè, non sospende l'esecuzione del giudizio (5), ma inibisce unicamente la decorrenza dei termini per le impugnazioni di diritto cantonale (6).

I giudizi emanati secondo la procedura inappellabile (7) restano pertanto esecutivi anche se il dispositivo è formulato in termini ambigui od oscuri.

L'esecutività dei giudizi emanati dalle differenti camere del tribunale d'appello resta subordinata alla disciplina dei rimedi di diritto federale.

I giudizi appellabili non sono invece esecutivi poiché il termine per impugnarli decorre soltanto dalla notificazione della sentenza d'interpretazione (8). Va comunque rilevato che indipendentemente dall'esecutività del giudizio formulato in termini poco chiari, il problema dell'interpretazione si ripropone in modo cruciale in sede di esecuzione. Se il giudizio è ambiguo od oscuro non può essere eseguito.

Per questo motivo la dottrina nega ai giudizi suscettibili d'interpretazione la capacità di crescere in forza di giudicato (9).

4. Motivi d'interpretazione

Danno luogo ad interpretazione l'ambiguità, l'oscurità (10) del dispositivo e gli errori di calcolo (11). Il motivo d'interpretazione può risiedere tanto nel dispositivo, quanto nei motivi che lo precedono, soprattutto se il giudizio è emanato nel senso dei considerandi (12).

(5) Art. 336 CPC.

(6) Art. 335 CPC: stranamente, la revisione non è annoverata fra i mezzi d'impugnazione elencati dal disposto. Non vi sono motivi per giustificare l'omissione del termine per la revisione dal novero. Non si capisce invece per quali motivi il codice menzioni la restituzione in intero in questo articolo, considerata la disciplina dei termini dei due rimedi.

(7) Art. 291 CPC.

(8) Fanno eccezione: le decisioni immediatamente esecutive per legge o per disposizione del pretore (art. 310 CPC).

(9) Guldener 536.

(10) La differenza fra ambiguità (=Zweideutigkeit) e oscurità (=Unklarheit) è sottile. Non riveste comunque grande importanza nell'applicazione del rimedio.

(11) Art. 339 CPC.

(12) STF 56 II 137.

Da notare che se i dispositivi del giudizio sono contraddittori senza essere ambigui, la domanda d'interpretazione è improponibile. In sua vece va proposto il rimedio della revisione (13).

5. Decisioni interpretabili

Oggetto della domanda d'interpretazione possono anzitutto essere i giudizi resi nella forma della sentenza (14).

Il rimedio dell'interpretazione non è tuttavia soltanto proponibile contro le sentenze.

L'esigenza di un chiarimento del giudizio può essere altrettanto impellente anche nel caso di giudizi resi nella forma del decreto.

Convien pertanto ammettere la possibilità di chiedere l'interpretazione anche di tali giudizi. La necessità di interpretare decisioni emanate nella forma dell'ordinanza può essere ammessa in teoria. Va comunque osservato che tali provvedimenti, disciplinanti esclusivamente l'andamento del processo, non sono impugnabili.

6. Procedura d'interpretazione

6.1. Legittimazione

La legittimazione a chiedere l'interpretazione di un giudizio non è disciplinata dal codice. E' da ritenere che facciano stato i principi che reggono la legittimazione ad impugnare negli altri mezzi d'impugnazione.

(13) Art. 340 lit c) CPC.

(14) Art. 333 CPC. Il termine definitivo è privo di significato. La decisione da interpretare può anche non essere cresciuta in forza di giudicato: l'interpretazione può infatti essere chiesta per decisioni appellabili.

6.2. Termine

La legge stabilisce un termine unico di 20 giorni dalla notificazione del giudizio di cui si chiede l'interpretazione (15), indipendentemente dal genere di procedura seguito (16).

6.3. Petitum

La domanda d'interpretazione è determinata dalla stessa natura del rimedio.

L'istante può unicamente limitarsi a chiedere che il giudice elimini i motivi di dubbio insiti nel dispositivo, per renderlo comprensibile. Non sono invece proponibili richieste di modifiche sostanziali del giudizio.

6.4. Formalità

La legge non prevede altre formalità all'infuori della procedura scritta e di uno scambio di allegati fra le parti (17).

Le osservazioni della controparte sono facoltative. Nel caso di errori materiali nella redazione o di semplici errori di calcolo, se le parti sono d'accordo, è prevista una procedura semplificata (18).

(15) Art. 334 cpv. 1 CPC.

(16) Occorre ricordare che il termine per appellare e per ricorrere in cassazione è ridotto a 10 giorni nella procedura sommaria ed accelerata (art. 308, 328 CPC) ed addirittura a 5 giorni nella procedura cambiaria (art. 388 cpv. 3 CPC). Dato che i termini per appellare e per ricorrere in cassazione decorrono dalla notificazione della sentenza d'interpretazione, si può ipotizzare il ripristino di questi termini, proponendo tempestivamente una domanda di interpretazione dopo la loro scadenza.

(17) Art. 334 CPC.

(18) Art. 338 CPC.

7. Giudizio d'interpretazione

Il giudice statuisce insindacabilmente sulla domanda d'interpretazione. Contro la sua decisione non è dato rimedio (19).

L'accoglimento o il rigetto della domanda d'interpretazione dipendono esclusivamente dal convincimento del giudice.

Se il giudice riscontra effettivamente ambiguità od oscurità nei dispositivi del giudizio, provvede ad emanare un giudizio corretto.

La notifica della sentenza d'interpretazione, sia che accolga la domanda, sia che la respinga, fa stato per il decorso dei termini dei rimedi di diritto cantonale (20).

(19) Art. 338 CPC.

(20). Art. 335 CPC.

Curriculum vitae

Nato e cresciuto a Locarno, nel 1967 ho conseguito la maturità federale al Collegio Papio di Ascona. Dopo aver conseguito la licenza in diritto dell'Università di Zurigo, nel 1974 ho superato gli esami di avvocato e notaio.

Nel 1975 sono stato eletto Giudice Istruttore Sostituto Sopracenerino .

Locarno, maggio 1978

